









الدكتور محمد عبد المنعم بدر

أستاذ القانون الروماني

بكلية الحقوق

# القانون الروماني

---

دار النشر الحديث

١٩٣٧



# الكتاب الأول

في

## الأشخاص

الأرقام ، المتعارف ، المشهور ، بالرفق ،  
الوطنيون ، اللاتينيون ، الأجانب ، المستقلون  
محفوظهم ، التابعون لفريقهم ، السلطة الأبوية  
ومصادرهما : التفتي ، الزواج ، منح البتوة  
الشرعية . الوصاية والقوامة . زوال  
الشخصية القانونية أو الموت المدنى ،  
نظرية الأشخاص القانونية أو المنوية .





## مقدمة

١ - معنى كلمة (persona) : يعبر عن الشخص في اللغة القانونية بأحد لفظين :  
الأول منهما، وأقدمهما استعمالاً، هو (caput) وهو يفيد لغة الرأس ، ومن هذا المعنى أطلق على الشخص بأكمله لاحتواء الرأس على أئمن شيء في الانسان وهو العقل .  
وثانيهما هو (persona) وهو يفيد في الأصل القناع الذي يلبسه الممثل (١). ومن هذا المعنى اشتق معنى الشخصية أو الدور الذي يلعبه الممثل في الرواية ، ومن هذا المعنى الأخير اشتق المعنى القانوني للفظ (persona) فصار يطلق على من كان أهلاً لاكتساب الحقوق والالتزام بالواجبات ، تلك الأهلية التي يعبر عنها في الوقت الحاضر بالشخصية القانونية (personnalité).

٢ - الأشخاص القانونية - لا تكون الشخصية كقاعدة عامة إلا لانسان ،  
لا الحيوان أو الجاد ، إلا أنها قد تمنح من طريق المجاز لجمع من الأشخاص، كعض  
الهيئات الحكومية أو الدينية ، فيصبح لهذه الهيئة كيان قانوني مستقل عن أشخاص  
أعضائها ، وتكون لها أهلية التملك والتعاقد والالتزام . ويطلق عليها لتمييزها عن  
الانسان في روما عبارة (universitates) ، ويعبر عنها في الوقت الحاضر بالأشخاص  
الاعتبارية أو القانونية أو المعنوية

٣ - كيف تبرا الشخصية وكيف تنتهي - تبدأ الشخصية ، كقاعدة عامة ،  
بولادة الشخص، وتنتهي بوفاته إلا أن لهذه القاعدة استثناءات :  
أولها - قد تخلق قبل الولادة فيعتبر الحمل كالدولود متى اقتضت مصاحته ذلك

(١) انظر كلمة ( persona ) في معجم اللغة اللاتينية في مؤلف :

Ernout et Meillet. «Dictionnaire étymologique de la langue latine».

ولهذا الاستثناء عدة تطبيقات أهمها في باب الموارث، فيعتبر الحمل وارثاً إذا مات مورثه وقت الحمل، لكن بشرط أن يولد حياً .

ثانيها - قد تزول الشخصية، قبل وفاة الانسان، بزوال عنصر من عناصرها كالحرية أو الوطنية وهو ما يعبر عنه بالموت المدني (capitis deminutio)

ثالثها - قد تمتد الشخصية إلى ما بعد الموت فالتركة الشاغرة (hérédité jacente) إلى أن تقبلها الورثة تعتبر على ذمة المتوفى، كما لو كان حياً حتى لا تبقى من غير مالك في المترة القائمة بين وفاة المورث وقبول الورثة .

٤ - عناصر الشخصية - لم تكن الشخصية في روما خلافاً للقوانين العصرية لكل انسان، بل كانت امتيازاً للرومان دون سواهم، شأنهم في ذلك شأن جميع الشعوب القديمة، وكان يشترط لكمال الشخصية القانونية في الانسان توافر ثلاثة :

- ١ - الحرية بأن يكون حراً لا رقيقاً
- ٢ - الرعية الرومانية بأن يكون وضياً لا أجنبياً
- ٣ - وأخيراً أن يكون رب أسرة أى مستقلاً بحقوقه ( sui juris )، غير خاضع لغيره .

٥ - حالات الشخصية : فكل عنصر من هذه العناصر الثلاثة يكون حالة خاصة ( status ) : حالة الحرية ( status libertatis ) ؛ حالة الوطنية ( status civitatis ) ، الحالة العائلية ( status familiae ) . ومتى اجتمعت هذه الحالات الثلاث في انسان كانت له الشخصية الكاملة .

وإذا فقد احدها فقد معها شخصيته كلها أو بعضها وهو ما يعبر عنه بالموت المدني (capitis deminutio)

٦ - أهلية الزوج وأهلية الوُراء : فاجتماع هذه العناصر الثلاثة في شخص يكسبه أهلية الزوج أى أهلية لأن يكون له حق أو عليه واجب، الا أنه قد يكون الانسان متمتعاً بأهلية الزوج، ولكنه محروم بسبب صغر سنه أو جنسه أو حالته العقلية من استعمال حقوقه والتصرف في أمواله وتأدية واجباته، وهو ما يعبر عنه بأهلية

الأداء (capacité de fait) أو (capacité d'exercice) الأمر الذى يستلزم أن ينصب عليه وصى أو قيم يتولى عنه ادارة أمواله وتنفيذ التزاماته .

تخصيم : — من هذا تبين بأن موضوع دراستنا للأشخاص يشمل :

بابا أول — فى الحرية أو بالأحرى الكلام على الرق فى روما .

بابا ثانيا — فى الوطنية بما فى ذلك الكلام على حالة الرومانى واللاتينى والأجنى .

بابا ثالثا — فى العائلة .

وبهذا نكون قد شرحنا عناصر الشخصية الثلاثة ولكننا

لاستكمال دراسة الأشخاص سندرفه

بابا رابع — فى القوامة والوصاية ثم نشرح بعض النظريات العامة فنخصص :

بابا خامسا — فى زوال الشخصية القانونية أو الموت المدنى .

بابا سادسا — فى نظرية الأشخاص القانونية أو المعنوية .

# الباب الأول

## في الحرية — الرق<sup>(١)</sup>

### LE STATUS LIBERTATIS — L'ESCLAVAGE

تمهيد: ينقسم الأفراد بالنسبة لحالة الحرية إلى قسمين: أحرار وأرقاء، والأحرار ينقسمون بدورهم إلى قسمين: قسم يشمل الأشخاص الذين ولدوا عاشرًا أحرارًا، وهم الأحرار الأصلاء (ingénus)، وقسم يشمل الأشخاص الذين صاروا أحرارًا، وكانوا في الأصل أرقاء، وهم العتقاء (affranchis)، وأخيرًا هناك طبقة أخرى من الأشخاص لا هم بالأحرار ولا بالأرقاء، بل هم في حالة وسطى بين الاثنين ويطلق عليهم للتقريب بأنصاف الأحرار (demi-libres) أو المشبهين بالرقيق، لذلك سنقسم هذا الباب إلى فصول ثلاثة:

الفصل الأول: في الأرقاء.

الفصل الثاني: في العتقاء.

الفصل الثالث: في المشبهين بالرقيق.

---

(١) راجع لتوسع في الرق المؤلفات الآتية:

Wallon, «Histoire de l'esclavage dans l'antiquité», 2ème édition, 1879; Marquardt, «La vie privée des romains», p. 205; Buckland, The roman law of slavery, Cambridge, 1908; Salomon, l'esclavage en droit comparé, juif et romain. 1931; Lévy — Bruhl, Esquisse d'une théorie sociologique de l'esclavage à Rome, 1931; et l'origine de l'esclavage romain, 1931; Halkin, Les esclaves publics chez les Romains, 1933.

# الفصل الاول

## الارقاء

### المبحث الأول - في تعريف الرق وأصل مشروعيته

٧- تعريف الرق : يمكن تحليل حالة الرق بأنها عبارة عن حق ملكية يعترف به القانون لشخص على آخر . فالرقيق يمكن تعريفه بأنه من كان مملوكا لغيره ، وعلى النقيض من ذلك فالشخص الحر هو من لا يخضع للملكية غيره .

٨- أصل الرق ومشروعيته : ( شيوع نظام الرق في الشعوب القديمة )  
كان الرق نظاماً أساسياً في حياة الأمم القديمة ، بل يمكننا القول بأن كيانها الاقتصادي والاجتماعي كان مشيداً على هذا النظام . كما أن كيان الأمم الحديثة قائم على نظام رأس المال ( capitalism ) . وكان الرق عاماً في جميع الشعوب القديمة معترفاً به من جميع الفلاسفة والفقهاء في العصر القديم ، باعتباره نظاماً ضرورياً لا يمكن تصور قيام العالم بدونيه .

٩ - رأى الفيلسوف : فيقرر أرسطو ( Aristote ) أكبر فلاسفة اليونان بأن الرق نظام مطابق للطبيعة . ويعتبره شيشرون ( Cicero ) نظاماً ضرورياً ، ولا يرى سينيك ( Sénèque ) أحد فلاسفة الرومان في نظام الرق أى غضاظة بل يزيد بأن الحرية إنما هي حالة نفسانية من حالات الضمير ، فالعبد إذا كان عاقلاً يمكنه أن يعيش حراً في الواقع ، إذ العبد الحقيقي هو من كان طوع شهواته وأسير أهوائه .  
١٠ - رأى فقهاء الرومان في العصر العلمي : إلا أن هذا الرأي الذي

يسلم بمشروعية الرق على إطلاعه لم يقبله فقهاء الرومان في العصر العلمي ، بل فضلوا الأخذ برأى أفلاطون ( Platon ) وغيره من فلاسفة اليونان الذين كانوا يعتبرون الرق - بالرغم من اعترافهم بضرورته لنظامهم الاجتماعي - مخالفاً للطبيعة إذ خلق الله الناس أحراراً : ومن ثم فأنهم بينما يقولون بأن الرق مخالف لقوانين الطبيعة ،

نراهم يدخلونه ضمن النظم التابعة لقانون الشعوب (jus gentium)، باعتبارهم نظاماً مقررأ معمولاً به في جميع الشعوب المعاصرة . وقد استمد جوستنيان من هذا الرأي تعريفه للرق الوارد في النظم (Institutes) وفي الموسوعات (Digeste) (١) حيث يعرفه بأنه « نظام من نظم قانون الشعوب ، بمقتضاه قد يخضع شخص للملكية شخص آخر، خلافاً لمبادئ الطبيعة » .

١١ - أصل الرق في قانونه الحروب : - وقد حاول مؤلاء الفقهاء تبرير نشأته بقانون الحروب . فقالوا بأن المنتصر لما كان له الحق في قتل عدوه المهزوم كان له من باب أولى استعباده وتملكه . إلا أن هذا التعليل معيب من وجهة المنطق البحت، لجعله حق المنتصر في استعباد عدوه وتملكه نتيجة لحقه في قتله ، مع أن حقه في قتله يستلزم ابتداء حقه في الملكية ، إذ لا يملك الانسان حق التصرف في شيء من الأشياء باعدامه إلا إذا كان مملوكاً له من قبل . لذلك نرى بأن أصل مشروعية الرق إنما يرجع للبدأ المتبع في الحروب القديمة ، والذي يخول لمنتصر الحق في تملك كل ما تقع عليه يده ، لا فرق في ذلك ما بين شخص عدوه المهزوم أو أمواله .

على أن رأى فقهاء الرومان ، وإن كان معيأ منطقياً ، فانه يقرر حقيقة تاريخية ثابتة، وهي أن الرق نشأ مع قيام الحروب، فكان المنتصر في الابتداء يقتل عدوه بدلاً من استرقاقه لعدم تفكيره في الانتفاع به واستخدامه ، ثم لما تطور الانسان فكف عن النقل والترحال ، واستوطن أرضاً معينة قام بزراعتها ورعاية ما شيته عليها شعر بالحاجة إلى استخدام الأسرى في الزراعة والرعى بدلاً من قتلهم .

والآن وقد عرفنا الرق ، ورأينا مشروعيته وأصل نشأته . فسندرس في مبحث نال أسباب الرق أو كيف يصير الانسان رقيقاً .

## المبحث الثاني — في أسباب الرق<sup>(١)</sup>

ترجع أسباب الرق إلى اعتبارات شتى أهمها الولادة والأسر، وكلاهما تابع لقانون الشعوب .

١٢-١ - **الولادة** : فأولاد المرأة الرقيقة يولدون أرقاء، أى أن الابن يتبع أمه فيما يتعلق بحالة الحرية فابن الحرة حر، ولو كان أبوه عبداً، لأن القانون لا يعترف بزواج العبد . كذلك ابن الرقيقة يولد عبداً، ولو كان أبوه حراً . وعليه فالابن لا يتبع حالة أبيه إلا في الزواج الشرعي، وهو الذى يكون بين شخصين حرين . والعبرة في الحرية وعدمها بوقت الولادة إلا أنه تبعاً للقاعدة القائلة بأن الحمل يعتبر مولوداً فيما كان له فيه فائدة يعتبر وليد الرقيقة حراً متى كانت أمه حرة ولو لحظة قصيرة في أثناء الحمل (٢)

١٢-٢ - **الأسر** : وهو سبب من أسباب الرق تبعاً لقانون الشعوب . فالأسرى الذين تستولى عليهم الجيوش الرومانية في الحرب يصبحون ملكاً للدولة فهم عبيد عموميون، إلا أن الدولة لا تبقى أسراها بل تقوم ببيعهم . ويلحق بأسرى الحرب في هذا الحكم الأجانب الذين لا تربطهم بروما معاهدة، فليس لهم حقوق أمام الرومان ولاى قادم أن يستحوذ عليهم كما يملك شيئاً لا صاحبه له. (٣)

١٤-٣ - **أسباب ثانوية للرق** : وهناك أسباب ثانوية بالقانون الرومانى وهى تختلف في العصر الجمهورى عنها في العصر الامبراطورى

---

(١) راجع Levy Bruhl ، *Esquisse d'une théorie sociologique de l'esclavage à Rome* - 1931، pp. 8-9، p. 12. — Duft ، *Freedmen in the early roman empire* - 1926 pp. 1-10

(٢) Digeste، i، 5، fr5، Marcien

(٣) راجع جيرار ، طبعة ١٩٢٩ ، صفحة ١١١ — ومونيه (Mouhier) ، طبعة ١٩٣٤ ، الجزء الاول ، صفحة ٣٥٦ .

في العصر الجمهوري — : فالقانون القديم يذكر أحوال المعينة يفقد فيها الروماني حريته ويصير رقيقاً . ولكن يلاحظ، في كل هذه الأحوال، فكرة سامية، وهي أن الروماني لا يمكن أن يصير رقيقاً في نفس البلد التي عاش فيها حراً، ولذلك فالروماني الذي يصير رقيقاً يسلم خارج روما (trans Tiberim) إما بواسطة القاضي أو الشخص الذي يخوله القانون حتى يبعه كذلك : —

١ — فللقاضي أن يبيع خارج روما الروماني الذي لم يقيد اسمه في قوائم التعداد (Cens) أو الذي يهرب من الحرب أو من التجنيد.

٢ — للآب أن يبيع أولاده خارج روما باعتبارهم أرقاء.

٣ — للدائن أن يبيع مدينه المعسر خارج روما.

٤ — للسروق منه إذا ضبط الفاعل حال تلبسه بالسرقة أن يبيعه كمبد خارج روما.

٥ — للقاضي باعتباره ممثلاً للدولة أن يسلم الروماني الذي اعتدى على دولة أجنبية موالية لروما

في العصر الامبراطوري : ولكن هذه الأسباب ما عدا السرقة أُلغيت من القانون الامبراطوري واستبدلت بأسباب أخرى روعيت فيها فكرة العقوبة أهمها ما يأتي :

١ — يقضى منشور البريتور بمعاينة الشخص الذي يتواطأ مع غيره على أن يبيعه هذا الغير باعتباره رقيقاً حتى إذا ما تمت الصفقة استرد حريته وقاسم شريكه اثمن وذلك بحرماته من دعوى استرداد الحرية واخضاعه للملكية المشتري (١) .

٢ — المحكوم عليهم بالاعدام وكذلك المحكوم عليهم بالأشغال الشاقة أو بمنازلة الأسود يفقدون حريتهم كمعقوبة تبعية . ولكن ما هي مصلحة المحكوم عليه بالاعدام في أن يموت حراً أو رقيقاً ؟ أهمية السؤال تظهر بالنسبة

(١) راجع بك، Cuq, Manuel des institutions juridiques des romains طبعة ١٩٢٨ صفحة ٧٨ —

Nicolaus (M). Causa Liberalis, 1933, pp 254 et s.



لورثته لانه في حالة موته عبداً لا تكون هناك تركه بل تصادر أمواله  
لجهة الحكومة، لذلك لوحظ في كثير من الأحوال أن المتهمين بأمر  
الامبراطور يلجأون لتوقعهم الحكم عليهم بالاعدام الى الانتحار قبل  
الحكم عليهم حتى يموتوا أحراراً وينقذون بذلك حقوق ورتبهم  
من الضياع ( Dig. 48, 19 fr. 17,pr )

٢ — كذلك المرأة التي تستمر على معاشرة عبد رغم حظر سيده المكرر  
تصبح عبدة له . وقد ألغى هذا الحكم في عصر جوستينيان  
٤ — كذلك للمعتق أن يسترد معتوقه في حالة وجود هذا الأخير .

### المبحث الثالث — في حالة الأرقاء

١٥ — الرقيق شيء لا شخص : يعتبر الرقيق كبدأ عام شيئا من الأشياء  
( res ) وليس بشخص ( persona ) فهو يدخل في تكوين ثروة السيد، بل هو عنصر مهم  
من عناصرها وهو يعتبر من الأشياء النفيسة ( res Mancipi ) للسيد عليه حق الملكية.

١٦ — للصبر عليه موهبة الملكية : بما في ذلك حق الاستعمال ( usus )  
بالانتفاع بخدماته سواء داخل المنزل أو خارجه ؛ وحق الانتفاع ( fructus ) فأولاد  
الرقيقة ملك لسيدها ، وحق التصرف ( abusus ) فله أن يبيع عبده . وله أن  
ينبذه ولكن لا يتحرر العبد المتبوء بمجرد تخلي سيده عنه، بل يعتبر عبداً بلا مالك  
لأى قادم أن يستحوذ عليه ويضمه للملكة ، وحق السيد في التصرف في عبده يشمل  
أيضا حقه في اعدامه فله عليه حق الحياة والموت .

١٧ — ليس للعبد عائل — يترتب أيضا على اعتباره شيئا أن ليس له عائلة،  
ومعاشرته الجنسية لا تعتبر زواجا بل اختلاطا مادياً ( contubernium ) يقوم  
طالما أراد السيد ذلك، ويتوقف متى أراد السيد توقيفه . والأولاد الذين يولدون من  
هذه المعاشرة لا ينتسبون للأب ولا للأب، وإنما هم ملك للسيد، مثلهم في ذلك كنتاج  
النواب يصبح ملكا لملك هذه النواب .

١٨ - ليس له مال أو ذمة : يترتب أيضاً على هذا الاعتبار أن ليس للعبد مال فليس له أن يكتسب حقاً أو يلتزم بدين إذ لا شخصية له ، ولذا فلا يمكن أن تكون له تركه بعد وفاته، إذ الأموال التي قد يتركها ليست في الواقع ملكة بل هي ملك سيده.

١٩ - ليس له أمة يقاضى أو يقاضى . ليس له أن يقاضى غيره مدعياً أو مدافعاً ، فليس له أن يتظلم من قسوة سيده أو سوء معاملته له، وإذا اعتدى عليه شخص آخر غير سيده فليس له أن يتظلم عن الضرر الذي لحقه من هذا الاعتداء ، وإنما لسيده وحده طلب التعويض لنفسه بعين الدعوى التي تكون في حالة الاعتداء على أي شيء يملكه . وإذا اعتدى العبد على آخر ، فلا ترفع عليه الدعوى مباشرة بل للمعتدى عليه أن يقاضى سيده ، ولهذا الأخير الخيار بين أن يدفع الغرامة المقررة عن الجريمة التي ارتكبها العبد وبين أن يتخلى عنه للمعتدى عليه لينتقم هذا الأخير لنفسه من شخص العبد . وتسمى هذه الدعوى بدعوى التخلي ( action noxale ) وهي نفس الدعوى التي ترفع على مالك الحيوان الذي يحدث ضرراً للغير والمسماة ( action de pauperie )

٢٠ - خمس مائة العبر : من هذا نتي أن القانون الروماني القديم تشدد في تطبيق المبدأ القانوني باعتبار العبد شيئاً، وحرمه من كل مظهر من مظاهر الشخصية . غير أن هذا لا يمنع الحقيقة الثابتة، وهي أن العبد إنسان يتمتع كغيره بالعقل والتمييز، فطبيعة الأشياء، والحالة هذه ، تقضى بتمييزه عن الجماد والحيوان . لذلك نرى الشراح في العصر العلي يصفون العلاقة بين السيد وعبده بنفس الوصف الذي يصفون به علاقة رب الأسرة بأولاده ، فالعبد خاضع لسلطة سيده ( dominica potestas ) وليس ملكاً له ( dominium ) . ومثله في ذلك مثل الابن فهو خاضع لسلطة رب أسرته ( patria potestas ) . وقد كان هذا الاعتبار سبباً في تخفيف شدة المبدأ العام السابق بأنواع من الاستثناءات تقرر بعضها لمصلحة العبد ، وتقرر البعض الآخر لمصلحة السيد والغير وكان من نتيجة هذه الاستثناءات أن اعترف للرقيق بشيء من الشخصية .

٢١ - النوع الأول لحماية شخصية العبد : لم يهتم القانون الروماني حتى نهاية القرن السادس ( لانشاء روما ) بحالة الرقيق، والسبب في ذلك يرجع إلى أن

العبيد — نظراً لقلة عددهم في الأصل — كانوا يعيشون مع السيد في نفس المنزل يشاركونه حياته العائلية بما في ذلك دياناته، ولا تختلف حالتهم في الواقع كثيراً عن باقي أفراد العائلة، ولكن ازدياد عددهم مع تنامي الفتوحات الجديدة، واختلاف أجناسهم باختلاف الشعوب المقهورة أوجب إبعادهم عن المنزل فحصلوا عن الحياة المنزلية وساءت بذلك حالهم، الأمر الذي أوجب تدخل الشارع لحمايتهم من قسوة السيد واستبداده في استعمال سلطته (١).

٢٢ — الاعتراف بالقرابة بين الأرقاء — اعترف القانون ببعض الأحكام للقرابة بين الأرقام (cognatio servilis) فهي تعتبر مانعاً من موانع الزواج بين الأصول والفروع (إلا أن هذا الزواج لا يصبح زواجاً شرعياً ولا تنطبق عليه جميع أحكام الزواج إلا بعد العتق) فيحرم زواج الأب من ابنته والام من ابنها الخ. كذلك حرم على السيد بيع الأم دون الولد أو العكس حتى لا يفصل بينهما، كما أوجب القانون مراعاة هذا الاعتبار عند القسمة. كذلك اعترف بالقرابة بين الأرقاء كسبب من أسباب الارث بين الأم وأولادها بعد العتق.

٢٣ — حماية الرقيق من سوء معاملة : تعددت القوانين في عهد الامبراطورية بقصد حماية شخص الرقيق من سوء معاملة سيده له، فحرم على السيد اجبار عبده على منازلة الوحوش إلا بأذن من القاضي. كذلك يعاقب السيد الذي يذب عبده بسبب مرضه أو شيخوخته بحرمانه من ملكيته، ويحرر بذلك العبد. كذلك يعاقب السيد بعقوبة القتل إذا قتل رقيقه بلا مبرر. وللقاضي في حالة اساءة السيد معاملة رقيقه أن يتولى بيعه ويخرجه بذلك من سلطته. كذلك يفقد السيد ملكيته على عبده المولود حديثاً إذا تخلى عنه ويصبح مالاً مباحاً لمن يستحوذ عليه.

٢٤ — النوع الثاني : الاعتراف بشخصية مقيدة للرقيق لاداة لاكتساب المصروفات : ليس للعبد أى شخصية قانونية، فليس له أن يشارك أى عمل من الأعمال القانونية بنفسه، ولكن اعترف منذ القرن السادس لروما، بإمكانه القيام ببعض الأعمال المكتسبة للحقوق نيابة عن سيده، وهى الأعمال التى تصير سيده مالكا أو داتناً.

ولهذه القاعدة أهمية خاصة إذا لاحظنا أن القانون الروماني القديم لا يسلّم بالنياحة في مباشرة الأعمال القانونية، بل يذهب القانون الروماني إلى أن الشخص يجب عليه أن يباشر التصرف بنفسه، إذا ما أراد أن ينتج آثاره في شخصه، فلا يصح مباشرة عقد بواسطة شخص آخر، والسبب في ذلك يرجع إلى شكلية العقود في روما، فالعقد لا يتخذ ولا ينتج آثاره إلا بالقيام بإجراءات شكلية معينة، فهو لا ينتج آثاره إلا بالنسبة لمن يقوم بهذه الإجراءات الشكلية. فإذا أناب شخص غيره، في مباشرة عقد من العقود وقام هذا الأخير بإجراءات العقد الشكلية، انعقد العقد وأنتج آثاره في شخصه أي في شخص الوكيل لا في شخص الأصل. هذا إذا كان الوكيل ذا شخصية قانونية، فإذا كان عديم الشخصية كالعبد مثلاً، بأن باشر العقد نيابة عن سيده، فلا يمكن أن ينتج العقد آثاره في شخصه لحرمانه من الشخصية بل تنتج هذه الآثار مباشرة في شخص السيد. ويعتبر العبد في هذه الحالة أنه قد استعار شخصية سيده في مباشرة العقد، إلا أن هذا الحكم قاصر على التصرفات المكتسبة للحقوق أي التي تزيد في مال السيد وتحسن من حاله بأن تصيره مالكا أو داتاً.

غير أن هذه التصرفات محصورة محدودة، لأن أغلب التصرفات تقتضي تضحية من الطرفين، فكل منهما يقدم للآخر مقابلاً لما يحصل عليه من الطرف الآخر، فثلاً في البيع يقدم البائع المبيع ويقدم المشتري الثمن، فقصر القاعدة السابقة على التصرفات النافعة للسيد نفعا محضاً يخرج أهم أنواع المعاملات من دائرة تطبيق هذه القاعدة، ويحرم السيد من استخدام عبده في القيام بها. لذلك تدخل البريتور (١) فأيد هذه التصرفات والزم السيد بها متى باشرها العبد بموافقة سيده، أو بتصريح منه.

إلا أن التزام السيد يختلف باختلاف حالين :

٢٥ — المادة الأولى : إذا كلف الرقيق من قبل سيده بمباشرة تصرف معين كبيع أو شراء. أو عينه لإدارة تجارة بحرية أو برية. كما لو كانت له سفينة فيينه قبطاناً لها وأمره بتسييرها للتجارة مع البلاد المجاورة، أو كان له مصرف وعينه مديراً لهذا المصرف، فكل التصرفات التي يأتيها العبد في حدود سلطته تلزم السيد

ولمن تعاقد مع العبد أن يطالبه بتنفيذها بنفس الدعوى الناشئة عن العقد الذى يباشره ( البيع . الاجارة . الوديعة . الخ ) . وتسمى هذه الدعوى في الحالة الأولى ( actio quod jussu ) وهى حالة تكليف العبد بالقيام بتصرف معين ، ويطلق عليها في حالة تكليفه بتجارة برية ( actio institoria ) ، وفي حالة تكليفه بإدارة تجارة بحرية ( actio exercitoria ) .

ويلاحظ في كل هذه الأحوال تصريح السيد للعبد بالقيام بتصرف معين كافي الحالة الأولى ، أو بسلسلة من التصرفات ، كما في الحالتين الأخيرتين ، تستلزمها إدارة التجارة البرية أو البحرية . ولذلك فإن السيد يلزم بجميع التصرفات التى يأتيا العبد مهما كلفه تنفيذها .

٢٦ - الحالة الثانية : قد يريد السيد الانتفاع بمواهب عبده ومؤهلاته مع تحديد مسؤوليته الناشئة عن تصرفات عبده ، فسمح له البريتور بأن يترك لعبده حوزة ( peculium ) قد تكون عبارة عن مبلغ من النقود أو قطعاً من الغنم أو قطعة ، أرض الخ . ، تبقى في ملك السيد ، ولكن للعبد أن يستثمرها وينميها لنفسه .  
فالتصرفات التى يباشرها العبد بخصوص هذه الحوزة . كشراء المواشى اللازمة لزراعة الأرض أو بيع المحصولات الخ . . . ، تلزم السيد . ولكن لغاية قيمة الحوزة فقط ، أى أنه لا يلزم بها في غيرها من أمواله . وتسمى الدعوى التى ترفع على السيد في هذه الحالة ( actio de peculio ) . غير أنه قد يستفيد السيد من تصرف رقيقه فائدة تزيد على قيمة الحوزة ، كإلحاق الرقيق بالماشية التى أعطاه السيد لعدم صلاحيتها واستبدالها بأخرى تفوقها في القيمة ، فلبيع الماشية الى العبد أن يطالب سيده ، ليس فقط لغاية قيمة الماشية القديمة ، بل أيضاً بالفرق بين الماشيتين في القيمة ويقال لدعواه في هذه الحالة ( actio de peculio et de in rem verso ) .

٢٧ - النوع الثالث : أهلية الرقيق ومسؤولية التخصيص عنه أعماله : ولكن ماحكم تصرفات الرقيق بالنسبة له وما درجة مسؤوليته عن أعماله غير المشروعة ؟ نقصد بذلك التزامه أو مسؤوليته بعد العتق ، إذ الرقيق محروم من كل شخصية قبل ذلك .

يلزم العبد طبيعياً بعقوده في العهد الإمبراطورى ، إذ ليس للرقيق طبقاً للقانون القديم أن يلزم بأى التزام ما لانعدام شخصيته القانونية . ثم اعترف القانون

الامبراطوري (١) للرقق بأهلية التعاقد، ولكن التزامه في هذه الحالة يكون طبعياً فقط والالتزام الطبيعي هو التزام ناقص إذ ينقصه الجزاء (sanction)، بمعنى أن المدين لا يجبر قضائياً على تنفيذه إن شاء نفذه ويكون وفاؤه قضاء لدين صحيح وليس بتبرع، فليس له استرداد ما دفع، حتى ولو كان دفعه خطأ، بأن اعتقد أن التزامه مدني، حالة كونه طبعياً. وإن شاء لم ينفذه وليس لدائته اجباره على ذلك.

ويسأل بعد العتق عن جرائمه التي ارتكبها وهو رقيق. وقد علمنا بما تقدم أنه إذا اعتدى العبد على غيره فهذا الأخير أن يرفع دعوى التخلي (action noxale) على السيد يطالبه فيها بالتعويض أو بتسليم العبد فإذا ما أعتقه السيد قبل دفع التعويض ألزم المعتوق بتعويض الضرر الذي أحدثه ودفع الغرامة المقررة قانوناً لذلك.

---

(١) يرجع بعض الشراح هذا الإصلاح إلى عهد جيتيان، راجع في هذا المعنى Siber، Naturalia،  
obligatio، ويرجعه بعض الشراح الآخرين إلى القرن الثاني بعد الميلاد،  
Gedenkschrift I.I. Mitteis، 1925. راجع في هذا المعنى الأخير مونيه (Monier)، في كتاب مطبوعة ١٩٣٥، الجزء الأول، صفحة ٢٥٥ هامش ٣.

# الفصل الثانى

## العقلاء

كيف تنتهى حالة الرق ؟ تنتهى حالة الرق إما بحكم القانون أو بإرادة السيد ٢٨ — القانون : ينص القانون على أحوال شتى يتحرر فيها العبد من سلطة سيده . وقد كثرت هذه الأحوال فى العصر الامبراطورى تحت تأثير التعاليم المسيحية ، وتقرر بعضها عقاباً للسيد ، وتقرر البعض الآخر كمكافأة للعبد على عمل مشكور أتاه فى مصلحة السيد أو فى مصلحة المجموع .

فن الفكرة الأولى (عقاب السيد) ، زوال سلطة السيد على عبده إذا نبذه بسبب شيخوخته أو مرضه . ومن ذلك أيضاً فقد السيد سلطته على رقيقه إذا دفعه الى الفسق والدعارة .

ومن الفكرة الثانية ، (مكافأة العبد) ، حق العبد فى طلب تحريره إذا كشف عن قاتل سيده ، أو كشف عن الجناة فى بعض الجرائم العامة كتزيف المسكوكات أو الاغتصاب أو الهرب من الجندية .

٢٩ — ارادة السيد : إلا أن أهم أسباب انتحريه ما كان منها راجعاً لارادة السيد وهو ما يقال له العتق ( manumissio , affranchissement ) . وسندرس العتق مبتدئين بصورة ، ثم بآثاره أو بعبارة أخرى حالة العتقاء .

## المبحث الأول — فى صور العتق

تمهيد : للعتق أهمية خاصة ، إذ أثره غير قاصر على السيد والمعتوق ، بل يتعداهما إلى المدينة بأجمعها ( Cité ) لما يترتب عليه من دخول عضو جديد فيها ، لذلك يذهب

الشرح إلى أن العتق كان غير ممكن في العصور الأولى لروما (١) وقد قامت هذه الصعوبة أيضاً عند اليونان فتحاولوا عليها بأن اقترحوا على السيد الذي يريد أن يهب الحرية لعبده أن ينزله إلى شخص معنوى لا نهاية لحياته كعبد أو إله من الآلهة بشرط أن يترك له الحرية الفعلية ، وهناك من النصوص ما يؤيد وجود هذا العرف عند الرومان .

٣٠ — في القانون القديم : على أن الرومان استخدموا منذ عهد بعيد طرقاً ثلاث للعتق : —

الطريقة الأولى : قيد الرقيق في قوائم التعداد ( censu ) . جرت عادة الرومان على قيد الوطنيين في قوائم خاصة لمعرفة عددهم وتعيين حقوقهم وواجباتهم . فجرد قيد الوطنى في هذه القوائم يجعله مكلفاً بدفع الضرائب وبالخدمة العسكرية ، كما يخوله هذا القيد الحق في التصويت في مجالس الشعب ، وعلى التقيض من ذلك فإهمال قيده يصيره عبداً ، بل وللقاضى أن يعاقبه على هذا الإهمال ببيعه خارج روما . فالقيد هو الذى يكسب الشخص الصفة الوطنية وما يتبعها من الحقوق والواجبات المدنية ، ومن هنا نشأت الطريقة الأولى للعتق ، وذلك بأن يتقدم السيد مصحوباً بعبده الذى يريد عتقه إلى الحاكم المكلف بالاحصاء ( censeur ) ويطلب إليه قيد اسمه كوطنى . فبمجرد هذا القيد يتحرر العبد ويصبح وطنياً . وقد بطلت هذه الطريقة عملاً في العصر الامبراطورى لزوال عادة الاحصاء .

الطريقة الثانية : دعوى الحرية العسوية ( vindicta ) (٢) . هذه الطريقة كسابقتها طريقة غير مباشرة ، إذ تستخدم دعوى استرداد الحرية بصفة عسوية لكسب عبداً صفة الحرية . وتنحصر هذه الطريقة في أن يتواطأ السيد مع شخص آخر على أن ينوب هذا الأخير عن الرقيق في رفع دعوى الحرية ( adsertor libertatis ) فيقرر أمام القاضى بأن الشخص الذى يدعى بأنه عبد ان هو في الواقع إلا حر ، ثم لا ينازع السيد في هذا الاقرار فيضطر القاضى والحالة هذه أن يسجل هذا الاقرار ويحرر بذلك العبد .

( ١ ) أنظر جيرار ، الطبعة الثامنة ، ١٩٢٩ ، صفحة ١٣٠ — ومونيه ، طبعة ١٩٣٥ ، الجزء الاول ، صفحة ٢٥٩ .

( ٢ ) راجع جيرار ، طبعة ١٩٢٩ ، صفحة ١٣٦ — وكيك ، طبعة ١٩٢٨ ، صفحة ٩٥ .



وتمتاز هذه الطريقة عن سابقتها بإمكان الالتجاء إليها في أعمق وقت ، بخلاف الأولى فهي مقيدة بوقت عمل التعداد أى أنها غير ممكنة إلا مرة واحدة في كل خمس سنوات . هذا وقد تبسّطت هذه الطريقة في عصر جستنيان فاكثرت فيها بأقرار من السيد أمام القاضي .

الطريقة الثالثة : الوصية ( testamento ) . قد يوصى السيد بعق عبده ، إلا أنه كان يشترط لتنفيذ الوصية مواهة مجالس الشعب عليها لما في الوصية من تغيير لنظام العائلة المقرر قانوناً .

ويلاحظ في كل الطرق المذكورة صفة الرسمية إذ يجب حصولها أمام هيئة رسمية سواء كان الحاكم المحصى ( censeur ) أو القاضي ( magistrat ) أو مجالس الشعب ( comices ) .

٣١- ما حكم العتق بغير الطرق المتقدمة : تعددت أحوال العتق في نهاية العهد الجمهوري وظهرت له طرق أخرى غير شكلية منهاها إرادة السيد المجردة عن الأوضاع الشكلية .

فيحصل بأقرار شفوي كأن يصرح في مجمع من أصحابه ( inter amicos ) بعق عبده الذي أجاد طهى الطعام مثلاً ، أو بأقرار كتابي كأن يرسل خطاباً إلى عبده ( per epistolam ) يقرر فيه عتقه . إلا أن إقراره المتقدم بالعتق ، شفوياً كان أو كتابياً ، لا يترتب عليه أى أثر قانوني ، بل يظل العبد قانوناً ( jure civile ) خاضعاً لسلطة سيده . غير أن البريتور مكّنه من التمتع فعلاً بحالة الحرية بأن حرم السيد الذي أعتق عبده على هذه الصورة من استعمال حقه في استرداد عبده بدعوى الاسترداد . وأكد قانون ( junia ) (١) قرار البريتور هذا فاعتبر المعتوق في

---

(١) اختلف الشراح في تحديد تاريخ هذا القانون فيضمه جيرار بين عامي ٤٤ ، ٢٧ ق م راجع كتابه ، طبعة ١٩٢٩ ، صفحة ١٣٨ - ويحدد ( Duff ) تاريخه في عام ١٧ ق م ويحدده آخرون بعام ١٩ ق م ومنهم كولنيه وجيفار ، موجز القانون الروماني ، الجزء الأول ، نبذة ٣٢٩ وكيف في كتابه ، طبعة ١٩٢٨ ، صفحة ١٠١ هامش ٤ .

الأحوال المتقدمة حراً في حياته ، فله أن يكتسب الحقوق ويجرى المعاملات ، ولكنه يعتبر رقيقاً عند وفاته فلا تركه له ولا وارث ، وإنما تذهب الأموال التي يتركها إلى سيده . فهو والحالة هذه في حالة متوسطة بين الحر والعبد وتسمى هذه الطبقة من المعتوقين ( *affranchis juniens* ) نسبة إلى القانون المذكور .

٣٢ — في العصر الحريث : بقي العتق بطريق الدعوى الصورية ( *vindicta* ) بعد تبسيطها واقتصارها على إقرار من السيد المعتق أمام القاضي معمولاً به في العهد الامبراطوري ، وكذلك بقي العتق بالوصية ( *testamento* ) معمولاً به ، وأنشئت بجانب الطريقتين السالفتين طريقة جديدة تحت تأثير انتشار الديانة المسيحية وهي طريقة العتق الدينية وتحصل في الكنيسة بحضور القسيس ( *manumissio in ecclesia* ) .

وأخيراً سوى جستييان بين العتق الرسمي والعتق الخالي من الاجراءات الشكلية من حيث الأثر ، واعتبر كليهما صحيحاً قانوناً مكسباً للحرية وللرعوية الوطنية معاً .

## المبحث الثاني — في آثار العتق<sup>(١)</sup>

يترتب على العتق اكتساب المعتوق صفة الحرية والصفة المدنية معاً ، إلا أن المعتوق لا يتمتع بكل الحقوق التي للحر الأصل ( *ingenius* ) ، بل يعتبر في مرتبة أدنى من هذا الأخير ، فأهليته مقيدة ببعض القيود التي يرجع بعضها إلى القانون العام والبعض الآخر إلى القانون الخاص .

٣٣ — قيود القانون العام : — كان المعتوق محروماً من حق الاشتراك في مناصب الحكم ( *ius honorum* ) كالعضوية في مجلس السناتو أو المجالس البلدية أو تولى الوظائف القضائية . وكذلك حرم من شرف الخدمة في فيالق الجيش حتى نهاية عهد الجمهورية لتغير نظام الجندية بعد ذلك . ولكن كان له حق التصويت أو الاقتراع ( *ius suffragii* ) .

على أنه كان من الممكن رفع الموانع السياسية السابق ذكرها بقرار من الامبراطور

(١) يلاحظ أن الكلام على آثار العتق قاصر على عتق الرومان فقط .

لصفات أو أعمال ممتازة للمعتوق ، وقد أزال جوستيان جميع الفوارق السياسية بين طبقة المعتوقين والآخرين الأصلاء وسوى بينهما من حيث الحقوق العامة (١) .

٣٤- قيرد القانون الخاص: كان القانون القديم يحرم على المعتوقين الزواج من الآخرين الأصلاء ، ثم قصر هذا الحظر على أعضاء السانو وعائلاتهم ، وأخيراً ألغى هذا الحظر في عصر جوستيان نهائياً .

لكن أمم القيود التي تحد من أهلية المعتوق ترجع لعلاقة الولاء ( patronat ) التي تنشأ بالعق بينه وبين سيده والتي ترتب لهذا الأخير قبل معتوقه حقوقاً متنوعة يمكن حصرها تحت رؤوس ثلاثة :

٣٥- ١- واجب الامتثال والاحترام نحو سيده ( obsequium ) : فتجب على المعتوق إطاعة سيده واحترامه ، وهو كما ترى واجب أخلاقي ، إلا أنه قد يترتب عليه بعض النتائج القانونية ، فلا يجوز للمعتوق رفع أى دعوى فيها مساس بشرف سيده أو اعتباره لما في ذلك من الإخلال بواجبه في إجلال سيده واحترامه ، وإذا خالف المعتوق هذا الواجب وجحد نعمة سيده كان له إعادته إلى سلطته .

٣٦- ٢- المهرمات ( operae ) - كذلك يلزم المعتوق بأداء بعض الخدمات إلى سيده ، فيستمر المعتوق على خدمة سيده ، كما كان قبل العتق ، بعض ساعات كل يوم . غير أن هذا الواجب لم يخرج عن كونه واجباً أخلاقياً ليس للسيد أن يجبر عبده على القيام به ، ولكنه يصبح التزاماً قانونياً إذا تعهد العبد به يمينه ، ثم أكد نفس هذا التعهد بعد العتق يمين أخرى أو تعهد شفوي ، فإنه يصبح ملزماً قانوناً بأداء هذه الخدمات لاكتسابه بالعق أهلية الالتزام .

٣٧- ٣- بعض مقرره ماله ( bona ) : وهي تشمل جملة حقوق ذات صبغة مالية ، فتشمل حق السيد في الثقة إذا أعمر ، وتشمل أيضاً حقه في الارث من معتوقه إذا توفي هذا الأخير عن غير وارث وبدون ترك وصية ، وكذلك تشمل حق السيد في الوصاية على معتوقه إذا كان قاصراً أو امرأة .

وتبقى هذه الواجبات ماعاش المعتوق ، فلا تزول بموت المعتوق ، بل تنتقل حقوق المعتوق تجاه المعتوق إلى ورثته ، إلا أن للمعتق أو ورثته التنازل عنها .

(١) راجع جيرار ، الطبعة الثامنة ، صفحة ١٣٧ - مونييه ، طبعة ١٩٣٥ ، الجزء الاول ، صفحة ٢٨٩ .

# الفصل الثالث

## حالات مشابهة لحالة الرق

### CAS DE QUASI SERVITUDE

هناك من الاحوال ما يكون فيها الشخص دون قد حريته أو وطنيته في حالة تشابه حالة الرق أهمها ما يأتي : —

٣٨ — ١- المدين الذي حكم عليه بإقامة برأته . ( addictus ) : للدائن الذي حصل على حكم بدين من مدينه ( addictus ) أن يطلب إلى القاضي الاستيلاء على مدينه، فإذا لم يدفع هذا الأخير ما حكم به عليه أو لم يقدم كفيلاً ( vindex ) بالمبلغ المذكور حكم القاضي بالحاقه بدائته وخول لهذا الأخير حبسه ويعه، بعد ستين يوماً، وراء نهر التبر ( trans Tiberim ) أى خارج روما .

في الحالة المتقدمة يعتبر المدين في اثناء حبسه، أى قبل يعه، كالرقيق رغم تمتعه قانوناً بصفة الحرية، فللدائن استرداده بدعوى السرقة إذا سرق من جيازته . الا أنه يحتفظ بأهليته القانونية، فله مثلاً أن يتصالح مع دائته على أن يعمل لمصلحة هذا الأخير حتى يعرض له ما يساوى قيمة الدين .

وقد زالت هذه الحالة في عهد الامبراطورية عام ٣٨٨م بالغاء السجون الخاصة.

٣٩ — ٢. يشبه المدين الذي حكم عليه بالحاقه بدائته (addictus)، المدين الذي اقترض مبلغاً من النقود بمقتضى عقد القرض القديم المسمى ( nexum )، إذ كان للدائن في حالة عدم الوفاء الاستيلاء على مدينه من تلقاء نفسه، دون حاجة الى استصدار حكم قضائي، وحبه، الا أنه بطل العمل بهذا العقد في القرن الخامس لانشاء روما بعد صدور قانون ( Poetelia Papiria ) في سنة ٤٢٨ لروما الذي سلب الدائن حقه في التنفيذ المباشر على شخص المدين بدون حاجة للحصول على حكم قضائي سابق .

٤٠ — ٣ . مانك الاولاد المبيعين في روما بالنسبة لمع اشترائهم (١)

(personnes in mancipio) : نشأت هذه الطبقة نتيجة حق رب الأسرة في بيع أولاده . فقد كان له حق يعمهم خارج روما (trans Tiberim) ويصيرون بذلك عبيدا . وله كذلك يعمهم في روما أو في داخل الاتحاد اللاتيني بطريق الاشهاد (mancipatio) كبقية الأشياء النفيسة المملوكة له مثل عبيده وماشيته، اما بقصد الانتفاع من أجرة أعمالهم، واما بقصد التخلص من تعويض جريمتهم، واما كوسيلة للتبني أو للتحرير من السلطة الأبوية . فاذا بيع الابن كذلك فانه لا يصير عبدا لمن اشتراه بناء على المبدأ القائل بأن الشخص الذي عاش حرا في روما لا يمكن أن يصير عبدا فيها، وانما يخضع بالنسبة لمن اشتراه لنوع آخر من السلطة تشبه سلطة السيد على عبده وتسمى لتمييزها عنها (mancipium) .

فالابن المبيع في روما يبقى حرا ووطنيا وبالتالي يحتفظ بحقوقه السياسية وكذلك يبقى زواجه قائما لأن أولاده ينسبون اليه دائما وهو لا يكون الا عند قيام الزوجية . ولكنه يفقد بيعه عنصر الصفة العائلية (capitis deminutio minima) . اذ يخرج مؤقتا من سلطة أبيه وبالتالي تقطع صلته بعائلته ويخضع بالنسبة لمشتريه لنوع من السلطة تشبه سلطة السيد على عبده . فهو كالعبد ليس أهلا للالتزام ويشغل لمشتريه ويمثله في العقود ولمشتريه التصرف فيه بالبيع والايضاء أو الاعناق ويترتب على عرق المشتري للابن المبيع له عودته الى سلطة أبيه (patria potestas) الا اذا تكرر بيعه ثلاث مرات فانه يصبح بعته بعد ذلك مستقلا بحقوقه (sui juris) وقد قلت حالات بيع الأولاد في نهاية عهد الجمهورية لظهور عقداجارة الأشخاص فبطل بيع الأبناء بقصد الانتفاع من أجرة أعمالهم . ومن جهة أخرى فقد تبسطت اجراءات التحرير (emancipatio) والتبني (adoptio) وصار يكتفى فيها اقرار من الأب أمام القاضي، وهكذا بطل بيع الأبناء كوسيلة للتبني أو التحرير . وأخيرا حرم جوستنيان بيع الأبناء بقصد التخلص من تعويض جريمتهم، وبذلك يكون قد انمحي كل أثر لهذه الحالة في عصر جوستنيان .

١ راجع جيرار ، الطبعة الثامنة ، صفحة ١٤٣ و ١٤٤ - و Denzertaux(F). • Etudes sur la formation historique de la capitis deminutio • من صفحة ٢٣٢ - ٢٣٨ .

٤١ - ٤ - مائة المزارع أو المليون بالدرهم الزراعية ( colonus ) :  
نشأ هذا النظام ( colonat ) (١) في عهد الامبراطورية، اذ لم يكن معروفاً من قبل، ويلاحظه  
أغلب الشراح بحكم قسطنطين، نظراً لأن أحدث النصوص التي تعرضت لهذا النظام  
صراراً يرجع الى حكم الامبراطور المذكور، وهو قانون أصدره هذا الامبراطور  
في عام ٣٣٢ م. وقد أنشئ هذا النظام لماكن استغلال الأراضي الزراعية الفسيحة  
التي استولت عليها روما في فتوحاتها العديدة ولتسهيل جباية الضرائب .

ويمكن ذكر أهم خواص هذا النظام فيما يأتي . -

أولاً - يلحق المزارع بقطعة أرض لا تعتبر ملكاً له على أن يتعهد بزراعتها  
في مقابل أجرة يدفعها الى المالك نقداً أو عينا ويتنفع هو بشمرات الأرض الزائدة  
عن الأجرة المذكورة

ثانياً - يلحق المزارع بالأرض فليس له أن يجرها وان فعل ذلك فلذلك أن  
يعيده إليها، ولكن ليس للمالك من الجهة الأخرى أن ينزعها من يده ، فليس له  
أن يتصرف في الأرض دون المزارع أو في المزارع دون الأرض . إذ ينتقل  
المزارع مع الأرض باتباعها من مالك إلى آخر . لذلك كانوا يصفون المزارع بأنه  
عبد للأرض ( servus terrae ) .

ثالثاً - لا يعتبر المزارع عبداً للمالك ، فانه وإن خضع لسلطة المالك التأديبية.  
وحرم عليه كقاعدة عامة مقاضاة المالك، إلا أن له - خلافاً للعبد - أن يتزوج  
وله أن يتعاقد وأن يصير دائماً أو مديناً وله أيضاً أن يكتسب من الأموال ما شاء،  
ولكن ليس له أن يتصرف في أمواله لأنها ضمان للضريبة المفروضة على الأرض  
وللإيجار المقرر لصاحبها .

رابعاً - حالة المزارع ، كما وصفناها فيما تقدم ، حالة وراثية تنتقل إلى  
فروعهم من بعده .

---

(١) راجع للتوسع في نظام المزارع المؤلفات الآتية :

Mommsen, *Hermes*, 15, 890, pp 385-411; Fustel de Coulanges, *Recherches sur quelques problèmes d'histoire*, 1885, pp 3 - 145; Beaudouin, *les grands domaines dans l'empire romain*, Paris 1899.  
Mespuolet, *Le colonat romain*, (*Journal des Savants*, 1911, pp 203 - 211 ).

خامساً — تنشأ هذه الحالة بأحد الأسباب الآتية : — ١ - بالولادة ، ويكون أن يكون أحد الأبوين مزارعاً حتى يصبح الابن كذلك ٢ - بالاتفاق ، بأن يتفق شخص مع أحد الملاك على أن يلتحق بأرضه كزارع ٣ - بطريق التبليغ ، يمنح القانون للبلع الحق في إلحاق المبلغ عندهم من الأشخاص الأشداء الذين يحتفون التسول بأرضه كزارعين ٤ - بمضى المدة ( ٣٠ سنة )

سادساً — وتنتهي هذه الحالة بأسباب محصورة ومحدودة ويمكن حصر هذه الأسباب تحت حكم جوستينيان في اثنين : ١ - اكتساب المزارع ملكية الأرض التي ألحق بها ٢ - ارتفاعه إلى منصب أسقف في الكنيسة المسيحية .

وقد بقي هذا النظام معمولاً به حتى نهاية عهد الرومان وهو يشبه من وجوه كثيرة نظام التبعية ( servage ) الذي عرف بأوروبا في القرون الوسطى .

# الباب الثاني

## في الوطنية

### STATUS CIVITATIS

يقسم القانون الروماني الأشخاص بالنسبة لحالتهم الوطنية أو المدنية ( status civitatis ) ، وهي ما يعبّر عنها في الوقت الحاضر بالجنسية ، إلى وطنيين ( cives Romani ) ولاتينيين ( latini ) وأجانب ( perigrini ) .  
وسندرس تباعاً كلا من هذه الأقسام الثلاثة.

### § ١ - الوطنيون ( CITOYENS-CIVES )

٤٢ - مصادر الوطنية : لاكتساب الجنسية الرومانية مصدران :

المصدر الطبيعي والأهم هو الولادة .  
والمصدر الثانوي هو القانون .

١ - الولادة : فيولد وطنياً من كان أبواه وطنيين ، فان اختلفت حال أبويه من حيث الجنسية بأن كان أحدهما رومانياً والآخر أجنبياً ، وجب التمييز بين حالة ما إذا كان بينهما زواج شرعي أم لا ، ففي الحالة الأولى وهي حالة المولود من زواج شرعي ، فانه يتبع حالة أبيه من حيث الجنسية باعتبار وقت الحمل فان كان أبوه رومانياً وقت الحمل كان رومانياً كذلك ، وإن كان أجنبياً صار أجنبياً مثله . أما في الحالة الثانية ، أي إذا لم يكن بين الأبوين زواج شرعي ، فان الابن الطبيعي الذي يولد من هذه المعاشرة يتبع حالة أمه باعتبار وقت الوضع ، فالابن الطبيعي ( enfant naturel ) ، وهو الذي يولد من معاشرة غير شرعية ، لا يكون وطنياً إلا إذا كانت أمه متمتعة وقت الوضع بصفتي اخرية والوطنية .



٢ — القانون : قد يولد الشخص أجنبياً ثم يكتسب صفة الوطنية إما منحة قانونية أو بطريق التجنس.

٤٣ — <sup>١</sup> **مفهوم الوطني** : يتمتع الروماني الوطني بحقوق متنوعة بعضها ذو صفة عامة أو سياسية وبعضها ذو صفة خاصة أو مدنية

١ — الحقوق العامة : هذه الحقوق مرتبطة بالخدمة العسكرية ، ولذلك فهي قاصرة على الوطنيين الذكور دون الاناث منهم ، وهي تشمل . ١ — حق الاقتراع ( jus suffragii ) وهو يخول لصاحبه حق التصويت على القوانين داخل مجلس الشعب وحق الاشتراك في انتخاب الحكام والقضاة . إذ كانوا يعينون في العهد الجمهوري بطريق الانتخاب .

٢ — حق الترشيح لمنصب الحكم ( jus honorum ) ويخول لصاحبه حق تقلد المناصب العامة ويؤهله لأن ينتخب للمنصب القضائية أو العضوية في مجلس السناتو الخ .

ب — الحقوق الخاصة أو المدنية : هذه يمكن حصرها في ثلاثة

١ — حق الزواج ( conubium, jus connubii ) وهو حق الوطني في عقد زواج شرعي منتج لجميع الآثار القانونية للزواج بما في ذلك من نشوء السلطة الأبوية والقرابة والميراث والنفقة والوصاية .

وقد كان هذا الحق قاصراً على طبقة الأشراف دون طبقة العوام ( plébéiens ) ثم منح بمقتضى قانون كانوليا ( Canuleia ) لأفراد الطبقة الأخيرة .

٢ — حق التعامل ( commercium, jus commercii ) ويخول لصاحبه أن يملك ويملك وأن يصير داتاً أو مديناً بكافة أنواع التصرفات الشرعية التابعة للقانون المدني ( jus civile ) .

٣ — وأخيراً حق التقاضي ( legis actio ) أو بعبارة أخرى حق استعمال طرق المرافعات المقررة في القانون المدني .

## § ٢ - اللاتينيون LATINI

لا يتمتع اللاتينيون بالجنسية الرومانية ، بل هم يتمتعون إلى مدن لاتينية تتمتع بوحدة سياسية مستقلة ، ولكل منها قانونها الأهل ، على أن لهم رغم جنسيتهم اللاتينية بعض الحقوق في روما وهو ما يهنا بحثه عند دراستنا لحالتهم .  
وينقسم اللاتينيون من هذا الوجه إلى قسمين : اللاتينيون القدماء ( latini veteres ) وسكان المستعمرات اللاتينية ( latini coloniarii ) .

٤٤ - القسم الأول المؤتمنيرون القدماء ( latini veteres ) وهم سكان الجزء الخاص من إيطاليا المسمى اللاتيوم ( latium ) والذين اشتركوا مع سكان روما في تكوين الاتحاد اللاتيني القديم الذي انحل ثم أعيد تنظيمه في عام ٤٩٣ قبل المسيح ، ويلحق بهم أيضا سكان المستعمرات القديمة التي أنشأها الاتحاد اللاتيني المذكور حتى سنة ٣٦٨ قبل الميلاد . هؤلاء لا يختلف حالهم كثيرا عن الرومانيين إذ يتمتعون بنفس الحقوق التي للرومان ماعدا حق تقلد المناصب العامة ( jus honorum ) . فكان لهم حق الاقتراع ( jus suffragii ) إذا وجدوا بروما في أثنائه ، كذلك كانوا يتمتعون بباقي الحقوق المدنية التي سبق ذكرها ( حق الزواج - حق التعامل - حق التقاضي ) .

٤٥ - القسم الثاني سكان المستعمرات المؤتمنية : ( latini coloniarii ) وهم سكان المستعمرات التي أنشأتها روما بعد سنة ٣٦٨ قبل الميلاد . هؤلاء كانوا في مرتبة أدنى من الفريق الأول ، ففضلا عن حرمانهم من الحقوق العامة ، لم يكن لهم حق الزواج بالوطنين ، ولكن كان لهم حق التعامل وحق التقاضي .

٤٦ - اكتساب المؤتمنيين للجنسية الرومانية : نص القانون الروماني على أحوال شتى تمكن اللاتينيين اكتساب الجنسية الرومانية ، وكان من نتيجة استمرار تجنسهم بالجنسية الرومانية اندثار طبقة اللاتينيين تدريجيا حتى كان قانون ( julia ) الصادر

في سنة ٩٠ قبل الميلاد الذي منح الجنسية الرومانية لجميع اللاتينيين من سكان إيطاليا، وهكذا يمكننا القول بزوال طبقة اللاتينيين هذه منذ العصر العلي (على الأقل فيما يتعلق بالاحرار الاصلاح).

### § ٣- الأجانب (Peregrine-Hostes)

٤٧ — يوجد بجانب الرومانيين واللاتينيين فريق ثالث من الأشخاص كانوا يسمون في الأصل (hostes) أي الأعداء، وهم عبارة عن سكان البلاد المجاورة لروما والكائنة بالجهة الأخرى من نهر التبر. ولكن ليس معنى ذلك أن الأجانب كانوا في الواقع أعداء لروما، بل إن كثيراً منهم كانوا تابعين لمدن ارتبطت مع روما بمعاهدات ضمنت لرعاياها حقوقهم وحريتهم أثناء وجودهم بالأراضي الرومانية (١) فالأجنبي (peregrinus) منذ العصر العلي على الأقل كان حليفاً لروما وليس من أعدائها. ويجب تمييز ذلك عن جماعة البربر (barbari) الذين لا تربطهم بروما معاهدة أو مخالفة، إذ كانوا يعتبرون من الأعداء وكانوا لا يتمتعون بأي حق ما في روما، بل كان لأي قادم أن يستحوذ عليهم (٢) كما يستولى على أي مال مباح.

ويعتبر أيضاً من الأجانب (peregrini)، عدا رعايا المدن التي اتحدت مع روما أو خضعت لها بطريق الفتح، الوطنيون الذين فقدوا صفتهم الوطنية مع احتفاظهم بصفة الحرية كنتيجة للحكم عليهم ببعض العقوبات الجسدية مثل عقوبة الأشغال الشاقة أو النفي أو كنتيجة لتجنسهم بجنسية أخرى.

٤٨ — حاد الرومان: لا يتمتع الأجانب في روما بأي حق من الحقوق السياسية فليس لهم حق الاقتراع أو حق تقلد المناصب العامة أو شرف الخدمة في فائق الجيش، كذلك لا يتمتعون بالحقوق الخاصة التي يتمتع بها الروماني طبقاً للقانون المدني البحت (jus civile) فليس لهم حق الزواج أو التعامل مع الروماني طبقاً لأحكام هذا القانون، بل يخضعون في علاقاتهم مع أفراد مدينتهم لأحكام

(١) انظر كريك، ١٩٢٨، صفحة ٩٢ — ويفلان، طبعة ١٩٢٧، الجزء الأول، ص ٢٢٤ -

٢٢٦، وراجع ارنو ميه في معجم اللغة اللاتينية تحت كلمة (hostes)

(٢) راجع في هذا المعنى (٢) راجع في هذا المعنى Levy-Bruhl, Esquisse, pp 11-14; Nicolau, Causa liberalis, pp 53-54.

قانونهم الأهمي ذلك أن الرومان لم يمدوا سلطان قانونهم إلى البلاد التي غزوها، بل أبقوا لها عاداتها لا اعتبارهم القانون الروماني امتيازاً يتمتع به الوطنيون الرومانيون دون سواهم. أما في علاقاتهم مع الرومان أو مع الأجانب من جنسية مختلفة فيخضعون لأحكام قانون الشعوب (jus gentium).

٤٩ — قانون الشعوب : وقانون الشعوب، كالقانون المدني (jus civile) جزء من القانون الروماني، أهم مصادره منشورات البريتور. ويمتاز عن القانون المدني (jus civile) بتعميم تطبيق أحكامه على جميع سكان الدولة الرومانية بما في ذلك الروماني واللاتيني والأجنبي، وبخلوه من الأوضاع الشكلية المقررة في القانون المدني البحت. وقد نشأ قانون الشعوب تدريجياً مع ازدياد نزوح الأجانب إلى روما للتجارة وضرورة ربط معاملاتهم التجارية مع سكان روما بقواعد سهلة خالية من كل تعقيد أو إجراءات شكلية، لذلك نرى أن أهم أحكامه ترجع لقسمي الام، ال والمعاملات. وقد كان من نتيجة ازدياد التعامل مع الأجانب أن أنشئت في القرن الثالث قبل الميلاد وظيفة قاضٍ خصص للحكم في قضايا الأجانب، وسمى بقاضي الأجانب (praetor peregrinus). وقد كان له الفضل الأكبر في إنشاء قانون الشعوب وفي تهذيب أحكام القانون المدني (jus civile) بالتخفيف من شدة أحكامه وبتحريره من القيود والأوضاع الشكلية.

٥٠ — اكتساب الاوطني صفة الوطنية : يكتسب الأجنبي الحر صفة الوطنية إما كنحة من القانون (bienfait de la loi) وإما بطريق التجنس (naturalisation).

١ — منحة من القانون : فنص القانون في بعض الأحوال على منح الصفة الوطنية للأجنبي متى توافرت فيه شروط معينة. مثال ذلك القانون المشهور بقانون أشيليا (loi Acilia) الصادر حوالي عامي ١٢٣ أو ١٢٢ ق.م، فهو ينص على منح الجنسية الرومانية للأجنبي الذي يصل إلى إدانة أحد الحكام بتحصيل غرامات أو أموال أميرية زيادة عن المستحق منها، وقد صدر هذا القانون للرقابة على تصرفات الحكام الذين صاروا لا يتورعون عن الإثراء بأية وسيلة كانت خصوصاً وأن نظام النيابة العمومية لم يكن معروفاً عند الرومان، بل كان رفع الدعوى العمومية من حق كل فرد.

غير أنه كان من الصعب على الفرد أن يخاصم الحاكم خصوصاً إذا كان من حزب سياسي قوى . لذلك نص القانون على أن الأجنبي الذى تبلغ به الشجاعة الى رفع الدعوى على الحاكم ويصل الى ادانته يكافأ بمنحه صفة الوطنية . مثال ذلك أيضاً نص القانون على منح الجنسية الرومانية لللاتينى بمجرد انتقاله الى روما واقامته بها (١) .

٢ - التجنس ( naturalisation ) : كذلك يكتسب الأجنبي الجنسية الرومانية بطريق التجنس . ولكن يختلف حكم التجنس عن حكم الحالة السابقة فى أن الأجنبي لا يكتسب الجنسية الرومانية بنص القانون وبمجرد توافر الشروط المنصوص عليها فيه ، وإنما يكتسب هذه الجنسية كمنحة من الشعب ، أو من بعض نوابه ، بتفويض منه ، كالقواد المنتخبين فى عصر الجمهورية ومن بعدهم الاباطرة (٢) . وقد يكون أثر التجنس قاصراً على فرد معين أو شاملاً لجماعة أو لسكان مدينة بأسرها . فن القوانين العامة فى هذا الخصوص قانون جوليا ( Ioi Julia ) الصادر فى عام ٩٠ ق . م الذى منح الجنسية الرومانية لجميع اللاتينيين من سكان ايطاليا . ومنها أيضاً قانون الامبراطور كاراكالا ( Caracalla ) الصادر فى عام ٢١٢م الذى منح الجنسية الرومانية لجميع سكان الامبراطورية الرومانية من الأحرار الأصلاء . وقد توخى الامبراطور المذكور فى ذلك غرضاً مالياً ، اذ قصد اخضاعهم جميعاً لضريبة الميراث الشخصية المسماة (vicesima hereditatis) والتي كانت عبارة عن خمسة فى المائة من التركة .

غير أن قانون الامبراطور كاراكالا المذكور لم يقض نهائياً على التفرقة السابقة بين سكان الامبراطورية من حيث الجنسية ، اذ كان أثره قاصراً على الأحرار الأصلاء . فهو وإن وحد جنسية الأخيرين ، فإنه لم يلبغ التمييز بين طبقات العتقاء من وطينيين ولاتينيين وأجانب . وقدبقى هذا التمييز بين طبقات العتقاء حتى جاء الامبراطور جوستينيان قضى نهائياً على هذه التفرقة بمساواته العتقاء بالأحرار الأصلاء ، وهكذا زالت طبقة الأجانب القديمة (perigrine) . ولم يحرم من الصفة الوطنية فى عصره سوى المحكوم عليهم بالاشغال

(١) ونظرا لسهولة هذه الويلة ولكثرة نزوح اللاتينيين من مدنهم الاصلية الى روما ، أوجب القانون فى القرن الثانى قبل الميلاد على اللاتينى الذى يريد الانتقال الى روما للاقامة فيها أن يترك فى يده اللاتينى ذكرا من ذريته - راجع مونييه ، طبعة ١٩٣٥ ، الجزء الاول ، ص ٢٧٧ .

(٢) جزار ، طبعة ١٩٢٩ ، ص ١٢٦ .

الشاقة أو التي اذ يفقدون بالحكم عليهم صفة الوطنية، ويلحق بالمحكوم عليهم في هذا الاعتبار سكان أقاليم الحدود الامبراطورية المسمون بالبرابرة (barbari) فانهم بالرغم من خضوعهم لسلطان الدولة الرومانية، كانوا خاضعين لقوانينهم الخاصة (١). أما البرابرة القاطنون خارج الاراضي الرومانية، والذين لم يرتبطوا مع الدولة الرومانية بمعاهدة أو اتفاق، فيعتبرون كالاعداء، أي أجانِب بالمعنى القديم، فليس لهم حقوق بمقتضى قانون الرومان (٢)، ولاى شخص أن يستولى عليهم كما يستولى على أى مال مباح.

---

(١) راجع مونييه، طبعة ١٩٣٥، الجزء الاول، صفحة ٢٨٤ - كيك، طبعة ١٩٢٨،  
صفحة ٩٣، ٩٤ - جيرار، طبعة ١٩٥٩، صفحة ١٢٩.  
(٢) أنظر ما تقدم، نبذة ٤٧، ص ٣٩.

# الباب الثالث

## في الحالة العائلية

### STATUS FAMILIIS

٥١ — الأسرة في النظام الحاضر : الأسرة في يومنا الحاضر هي مجموعة أفراد تربطهم صلة القرابة أو المصاهرة. والمصاهرة (alliance) هي تلك الرابطة التي تنشأ بين أحد الزوجين وأقارب الزوج الآخر فهي نتيجة للزواج . والقرابة (parenté) توجد بين الأفراد الذين تربطهم وحدة الدم سواء من جهة الأم أو من جهة الأب . بل إن القرابة بين الأفراد من جهة الأم أكثر تحقياً منها من جهة الأب، إذ يمكن مادياً إثبات ولادة الشخص من أمه، ولكن لما يتوصل العلم الحديث إلى إمكان إثبات حصول الحمل من الأب .

غير أن فكرة القرابة التي تقوم على أساس وحدة الدم، والتي تربط الفرد بعائلة أبويه لم تكن معروفة لدى الشعوب القديمة، إذ كانت القرابة عندهم شبيهة بالجنسية في الوقت الحاضر . فكما أن الشخص لا يمكنه أن يكون تابعاً لدولتين في وقت واحد، فكذلك لم يتصور الرومان إمكان اتصال الشخص بعائلتين (عائلة أبيه وعائلة أمه) .

٥٢ — تاريخ نظام الأسرة : وقد اتخذت الأسرة صوراً شتى قبل أن تظهر بمظهرها الحالي تبعاً لاختلاف المذنبات وتعاقب الأجيال . وهو ما أثبتته البحث العلمي في النصف الثاني من القرن الماضي (١). فقد كان من المسلم ، حتى التاريخ المذكور، أن العائلة الفردية (famille monogame) وعلى رأسها الأب، مع خضوع الزوجة والأولاد لسلطته، كانت أساس النظام الاجتماعي الذي قامت عليه المذنبات المختلفة منذ بدء الإنسانية . أما اليوم فيميل أهل العلم إلى إدخال فكرة التطور فيما يتعلق بأصل العائلة . إذ يرون أن الأسرة قد مرت بأدوار متعددة

(١) راجع التوسع : Bachofen, das Mutterrecht ( 1861 ) ; Mac Lennan, Primitive marriage ( 1856 ) ;

Starcke, La famille dans les différentes sociétés ( 1899 ) .

ابتداء من حالة الاباحية الأولى حتى ظهورها في مظهرها الحالي مارة بدور الأسرة الأموية ثم بدور الأسرة الابوية (١).

٥٣ — الأسرة الرومانية : أما الأسرة الرومانية فقد كان أساسها السلطة الأبوية ( patria potestas ) بحيث كان الولد منتسباً إلى أبيه وأقارب أبيه دون أية علاقة بأقارب أمه ، ولم يتصل الولد بأمه إلا باشتراكها معه في الخضوع لسلطة رب الأسرة ، وتسمى القرابة القائمة على أساس السلطة الأبوية بالقرابة المدنية ( agnatio ) أو ( parenté civile ) أو ( parenté agnatique ) لتفريقها عن القرابة القائمة على صلة الدم والمصاهرة بالقرابة الطبيعية ( parenté naturelle ) أو قرابة الدم ( cognatio ).

غير أن القرابة الطبيعية بدأت بالظهور تدريجياً حتى صارت في عهد جوستينان الأساس الوحيد للقرابة القانونية وللحقوق المترتبة عليها .

## ١٨ — الأسرة القائمة على أساس القرابة المدنية

### LA FAMILLE AGNATIQUE

يمكن تقسيمها إلى ثلاث دوائر : —

١ — دائرة ضيقة ، أو العائلة بالمعنى الصحيح ( famille jure proprio ) ، وتشمل أفراد البيت الواحد ( domus ) .

٢ — دائرة أوسع ، وهي العائلة بالمعنى العام ( famille jure proprio ) ، وهي دائرة العصب من الأقارب ( agnats ) .

٣ — وأخيراً دائرة العشيرة ( gens ) .

٥٤ — ١. العائلة بالمعنى الضيق : يدخل في تكوين العائلة بالمعنى الضيق رب الأسرة ( pater familias ) والأشخاص الأحرار الخاضعون لسلطته وهم فروعهم من جهة الذكور ومن يلحق بهم فتشمل :

١ — رب الأسرة .

ب — زوجته إذا تزوجها بطريق الزواج مع السيادة ( cum manu ) اذ تعتبر



في هذه الحالة في حكم البنت ( loco filiae ) بخلاف ما إذا كان قد تزوجها بدون السيادة ( sine manu ) فانها تبقى في عائلتها الأصلية .

ج - أبناءه ( filii ) وبناته ( filiae ) الذين ولدوا من زواج شرعي ومن تبناهم د - زوجات أبنائه إذا كان زواجهن مع السيادة ، إذ يعتبرن بالنسبة لرب الأسرة في مرتبة بنات الابن ( loco neptis )

هـ - أبناء الأبناء ( nepotis ) أو بنات الأبناء ( neptis ) من زواج شرعي أو من التبنى وكذلك زوجات أبناء الأبناء متى كان الزواج مع السيادة .

جميع هؤلاء أصحاب ( agnats ) بالنسبة لرب الأسرة وبالنسبة لبعضهم ، وتقطع تلك الرابطة إذا أخرجهم رب الأسرة عن سلطته سواء بتزويج بناته أو بنات أبنائه بطريق السيادة ( in manu ) أو ببيع أحد منهم ( in mancipio ) ، أو بإعطائهم بطريق التبنى أو بتحريرهم . ويفقدون بزوال رابطة القرابة المدنية كل الحقوق المترتبة عليها من ميراث ووصاية .

وينقسم أعضاء الأسرة المذكورون عند وفاة رب الأسرة إلى فريقين ، يصبح الفريق الأول منهما مستقلاً بحقوقه ( sui juris ) ، ويشمل هذا الفريق الابن والبنت والزوجة مع السيادة وأولاد الابن إن كان أبوه ميتاً ، فيصبح كل من الأبناء رب أسرة وتخضع البنت والزوجة لوصاية آخره . أما الفريق الثاني فيبقى تابعاً لغيره ( alieni juris ) مثل ابن الابن إن كان أبوه حياً عند وفاة الجد ، إذ يخضع لسلطة أبيه كما كان تحت سلطة جده . وقد سمي أعضاء الفريق الأول باسم « ورثة أنفسهم » ( heredes sui ) ، وهو أثر من آثار النظام العائلي القديم إذ كان رب الأسرة يمثلها ويشترك مع أعضائها في أموالها .

٥٥-٢٠ العائلي بالمعنى العام La famille communi jure : هذه العائلة أوسع من السابقة ، إذ تشمل كل الاعصاب من الحواشي كالأخوة والأعمام وفروعهم . فهي تشمل الأشخاص الذين اشتركوا بالفعل وقطاعاً في الخضوع لسلطة رب أسرة واحد ، وتشمل أيضاً الأشخاص الذين لويقي رب الأسرة حياً لا اشتركوا في الخضوع لسلطته ، وهم الفروع من جهة الذكور وإن نزلوا بشرط بقائهم في العائلة .

فلا يدخل في تكوين العائلة فروع الأنث ولا البنات الا في تزوجن بزيادة الزوج ولا الذين خرجوا من الأسرة بالتبني أو التحرير . وعلى التقيض من ذلك تشمل الأسرة من دخلوا في سلطة رب الأسرة من الأجانب عن العائلة بالتبني أو منح البتوة الشرعية .

٥٦ — كيفية إعساب درجهم القرابة : وتحتسب درجة القرابة فيما بين الأصول والفروع، أى في السلسلة المتعاقبة، باعتبار كل جيل بدرجة ، فهناك درجة بين الابن وأبيه، ودرجتان بينه وبين جده وهكذا .

أما فيما بين الحواشي أى المتفرعين عن سلسلة متعددة كالأخوة والأعمام وفروعهم، فتحسب درجة القرابة بمجموع الدرجات الفاصلة بين كل قريب والأصل المشترك، فمثلا يوجد بين الأخ وأخته درجتان، ويعتبر أبناء العم أقرباء من الدرجة الرابعة . ومهما تعددت الفروع وابتعد الأصل فالقرابة المدنية باقية على عمر العصور ، حتى اذا جاء عصر لا يمكن فيه تتبع سلسلة النسب ولا الوصول بالتحقيق إلى الأصل ، ولم توجد ثمة علامة للقرابة الا وحدة الاسم ووحدة العبادة ، فلا تزول صلة القرابة وإنما يتغير اسمها وتسمى برابطة العشيرة ، وهى التى تنتظم أعضاء الدائرة الثالثة .

٥٧ — ٣ . دائرة العشيرة ( Gens ) : توجد بجانب رابطة العصب رابطة العشيرة ( gentilitas ) . والعشيرة، بحسب رأى الراجح، عبارة عن مجموع من العائلات يظن نزولها من أصل واحد نظراً لاتحادها في الاسم والديانة ولكن دون امكان تتبع النسب للوصول بالتحقيق إلى الأصل .

وقد رتب القانون الرومانى فيما بين الأشخاص التابعين لعشيرة واحدة نفس الحقوق التى رتبها على قرابة العصب ( agnatio ) ، بمعنى أنه عند عدم وجود وارث من الأعصاب تؤول التركة إلى العشيرة بجملة وكذلك إذا توفي أحد أفراد العشيرة عن قاصر لم يكن له قريب من الأعصاب آلت الوصاية عليه لأفراد العشيرة . وقد زالت حقوق العشيرة هذه منذ القرن الثانى من الامبراطورية بانحلال كل العائلات القديمة التى وجدت في عهد الجمهورية بعد تقبيل زعمائها بواسطة الاباطرة المتعاقبين .

## § ٢- العائلة الطبيعية LA FAMILLE COGNATIQUE

٥٨ - العائلة الطبيعية : تشمل هذه العائلة كل من تربطهم وحدة الدم ، سواء من جهة الأب أو من جهة الأم ، فهي تشمل عدا الأعصاب ، أى الأقارب من جهة الذكور ، الأقارب من جهة الإناث ، وكذلك تشمل من خرج عن سلطة الأب بالتبني أو بالتحرير أو بالزواج مع السيادة .

وتنشأ هذه القرابة الطبيعية بين الابن وأمه في كل الأحوال ، بمعنى أنه مرتبط بها بقرابة الدم ، سواء ولدته من زواج شرعى أو لا ، ولكنه لا ينسب إلى أبيه إلا إذا ولد منه في زواج شرعى . وتحتسب القرابة الطبيعية كالقرابة المدنية ، إلا أنها لا تبقى كالأخيرة مهما تعددت الفروع ، بل تزول القرابة الطبيعية إذا ابتعدت الدرجة لاختلاط الدم الذى هو الأصل في هذه القرابة .

٥٩ . آثار القرابة الطبيعية : اعتبرت القرابة الطبيعية منذ القانون القديم مانعاً من موانع الزواج ، ثم أنتجت تدريجياً ، بفضل تدخل البريتور ثم المشرع ، نفس الحقوق المترتبة على القرابة المدنية من ميراث ووصاية ونفقة ، حتى جاء جوستينيان فأحل القرابة الطبيعية محل القرابة المدنية ، فأصبح القانون الرومانى لا يعرف سوى نوع واحد من القرابة ، هى القرابة القائمة على وحدة الدم ، كما هو الحال في وقتنا الحاضر .

## § ٣- رب الأسرة والمنزل PATER FAMILIAS—DOMUS

٦٠ - رب الأسرة ( paterfamilias ) : هو الرجل الذى لا يخضع لسلطة غيره ، أى من كان مستقلاً بحقوقه ورئيس بيته . فلا يشترط فيه أن يكون أباً ، أى رب أسرة بالمعنى الصحيح ( proprio jure ) ، بل قد يكون مولوداً جديداً — ولكن لا تكون له في هذه الحالة سلطة أبوية ( patria potestas ) — وذلك لأن كلمة ( pater ) (١) لا يقصد بها هنا الأب ، بل يقصد بها الزعيم أو الرئيس ، فرب الأسرة هو رئيس أو زعيم المنزل ( domus ) .

٦١ - المنزل ( domus ) : يشمل هذا الاصطلاح المنزل ومن يسكنه

(١) يراجع معنى كلمة ( pater ) في معجم أرتو وميه

من أحرار وعبيد وكذلك الأشياء الملحقة بالمنزل . فالمنزل والحالة هذه يكون وحدة دينية وسياسية واقتصادية ، ورب الأسرة هو رئيسها الديني ( *prêtre* ) وحاكمها السياسي ( *magistrat* ) ومديرها الاقتصادي ( *maitre* )

٦٢ — أنواع السلطة داخل المنزل : يميل أغلب الشراح إلى الاعتقاد بأن رب الأسرة كان يتمتع في العصور الأولى بسلطة متشابهة بالنسبة للأشخاص والأشياء المكتوبة بالمنزل ، وكان يطلق عليها لفظ واحد هو ( *manus* ) (١) ، ثم تشعبت أنواع هذه السلطة واتخذت أسماء مختلفة ، فسمى ( *patria potestas* ) بالنسبة للأولاد ، و ( *manus* ) بالنسبة للزوجة ، و ( *mancipium* ) بالنسبة للأولاد المباعين و ( *dominica potestas* ) بالنسبة للرفيق ، و ( *dominium* ) بالنسبة للأشياء . وقد سبق أن درسنا سلطة رب الأسرة على رقيقه ( *dominica potestas* ) وكذلك سلطته على الأولاد المباعين ( *mancipium* ) أما سلطته على الأشياء ، أي الملكية ( *dominium* ) ، فمحل دراستها كتاب الأموال فلا يبقى علينا إذا سوى دراسة السلطة الأبوية ( *patria potestas* ) وكذلك السلطة الزوجية ( *manus* ) .

---

(١) راجع في ذلك كيك ، طبعة ١٩٢٨ ، ص ١٣٠ — ١٣٥

# الفصل الأول

## السلطة الأبوية

سنقسم دراستنا للسلطة الأبوية إلى مباحث ثلاثة نتكلم في الأول منها عن مصادر السلطة الأبوية وفي الثاني عن آثارها وفي الثالث عن انقضاها.

### المبحث الأول - في مصادر السلطة الأبوية

مصادر السلطة الأبوية ثلاثة :

- ١ - الولادة من زواج شرعي.
- ٢ - التبني. تكتسب السلطة الأبوية بقبول شخص أجنبي عن الأسرة، سواء كان خاضعاً لسلطة غير موهر التبني بالمعنى الصحيح ( adoptio ) ، أو كان مستقلاً بحقوقه ويسمى هذا النوع من التبني ( adrogatio ) . (١)
- ٣ - وأخيراً تكتسب السلطة الأبوية بمنح البتوة الشرعية (légitimation) للولد الناتج من معاشرة غير شرعية ( concubinat ) .

المصدر الأول - الولادة من زواج شرعي (٢)

- ٦٣ - يكتسب الأب السلطة الأبوية على الأولاد المولودين له من زواج شرعي ، سواء كان زواجه مع السيادة ( cum manu ) أم بدونها ( sine manu ) ،

(١) وقد أطلق عليه الأستاذ علي بدوي في كتابه « مبادئ القانون الروماني » اسم الادما .  
راجع المؤلف المذكور ، الطبعة الثانية ، صفحة ٤٩ .

(٢) يراجع : ( Déclercq, Paternité et filiation légitime ( Mélanges Girard ) /Tissot ( P ),

Contribution à l'histoire de la présomption de paternité, thèse, Montpellier, 1921 : Lenel, das edictum 3 ed., 1927, pp 311 — 312

إذ كلاهما زواج شرعي، والأولاد المولودون من زوجته في كلتا الحالتين أولاد شرعيون . وعلى ذلك يكفيننا أن نعرف من هم الأولاد المولودون من الزواج . وقد وضع الرومان لذلك قرينتان، الأولى منهما قرينة عليّة قائمة على أن مدة الحمل لا تقل عن ستة أشهر ولا تزيد عن عشرة، فيجب، حتى يعتبر المولود نتيجة الزواج، أن يكون قد ولد بعد ستة أشهر من بدء الزواج وقبل مضي عشرة أشهر على انحلاله.

والثانية قرينة قانونية أساسها الثقة وحسن الظن اللازمين بين الزوجين، ومبناها أن الولد الذي تكونت نطفته أثناء الزواج، أي ولد بعد ستة أشهر من تاريخ انعقاده وقبل مضي عشرة أشهر على انحلاله، يعتبر من عمل الزوج وينسب إليه تفريعاً على ذلك، طبقاً للقاعدة المشهورة "Pater is est quem nuptiae demonstrant". على أن للآباء باعتبارهما الحاكم والرئيس الديني أن يثبت المولود الجديد، بالرغم من قيام القرينتين المذكورتين، متى كان لديه من الأسباب ما يدعوه إلى الاعتقاد بعدم أبوته له .

### المصدر الثاني — التبنّي

٦٤ — تعريف: التبنّي نظام قانوني يقصد به خلق السلطة الأبوية خلقاً اصطناعياً من طريق القياس على الرابطة الطبيعية (adoptio enim naturam imitatur)، فهو ينتج نفس الآثار التي تترتب على الولادة من الزواج . ويلجأ إليه عادة عند عدم تحقيق الزواج للغرض الأول المقصود منه وهو التناسل .

٦٥ — أهمية التبنّي في روما : كان للتبنّي في روما أهمية كبرى تفوق كثيراً أهميته في الوقت الحاضر، فقد لجئ إليه لتحقيق أغراض شتى دينية واجتماعية وسياسية: أولاً — لتخليد اسم العائلة وعبادة الأسلاف : كان من أقدس الواجبات على رب الأسرة في نظر الرومان، تخليد عبادة الأجداد، إذ كانوا يعتبرونها من الضرورات اللازمة للأموال، فلكل جدهم الأجداد أعياد يحجب أحيائها في أوقاتها وتقديم قربان فيها عن روحه بمعرفة فروعه، وكان يجب أن يقوم تلك العبادات فرع من الذكور، لذلك كان يلجأ رب الأسرة الذي لم يرزق من ينخلقه من الذكور إلى التبنّي ليضمن بعد وفاته بقاء اسمه وتخليد عبادته المنزلية .

ثانياً — لتخفيف قوة الأحكام المتعلقة بالقرابة المدنية : يجب أن نذكر أن القرابة المدنية في روما كانت قائمة على السلطة الأبوية ، فكانت تفصل بين أشخاص تربطهم صلة الدم ولا تعترف بأى قرابة بينهم ، إما لمجرد نزول بعضهم من جهة الأثناث أو لمجرد تحريرهم بمعركة رب الأسرة ( emancipatio ) أو بسبب ولادتهم من غير زواج . فالتبني يسمح لرب الأسرة بادخال مثل هؤلاء الأشخاص في العائلة .

ثالثاً — لتحقيق أغراض سياسية : لمنح الجنسية الرومانية لشخص لاتيني ، أو منح صفة الأشراف ( patricien ) لأحد أفراد العامة ( plébéien ) لتولى مناصب الحكم ، أو منح صفة العامة لأحد الأشراف حتى يتمكن من تولي منصب حاكم العامة ( tribun de la plèbe ) ، وكذلك استخدام التبني كثيراً في عهد الامبراطورية لاختيار وارث للعرش . (١)

٦٦ — التمييز بين نوعين من التبني : يوجد نظامان للتبني عند الرومان تبعاً لحالة المتبني ، الأول خاص بتبني شخص مستقل بحقوقه ( sui juris ) أى غير خاضع لسلطة غيره ويسمى هذا النظام ( adrogatio ) . والثاني خاص بتبني شخص تابع لغيره ( alieni juris ) ويسمى ( adoptio ) . ويختلف هذان النظامان في إجراءاتهما وأحكامهما ، وإنك ستدرسهما منفصلين .

## ١٥ — تبني المستقل بحقوقه ADROGATIO

تمهيد : بمقتضى هذا النظام يدخل رب أسرة في عائلة رب أسرة آخر باعتباره ابناً له . فهو مقصور على الذكور إذ هم وحدهم الذين يصح أن يكونوا أرباب أسر . ونظراً لخطورة النتائج التي تترتب على هذا النوع من التبني لما فيه من فناء عائلة برمتها وكذلك فناء عبادتها المستقلة ، فقد تشدد القانون القديم في تحديد الاجراءات التي يتم بها والأحكام التي تترتب عليه . وستحكم على إجراءات هذا النوع من التبني وأحكامه في القانون القديم ، ثم نبين التعديلات التي أدخلت على هذا النظام في العصر الأخير من الامبراطورية .

٦٧ — ١. إجراءات الملكية . أهمية السياسة والمدينة : قلنا إن هذا النوع من التبنى كان يهتم المدينة بأسرها ( Cité ) إذ المدينة مكونة من مجموع من الأسر، والتبنى ( adrogatio ) من شأنه أن يؤدي إلى فناء أسرة باندماجها في أسرة أخرى ، فكل تغيير في نظام الأسر من شأنه أن يحدث تغييراً في نظام المدينة ذاتها ، لذلك كان لابد من مصادقة المدينة ممثلة في مجالسها الشعبية ( com ces ) على هذا التغيير .

كذلك كان لهذا النوع من التبنى علاقة وثيقة بالدين، إذ أن في فناء العائلة قضاء على ديانتها العائلية ، لذلك كان لابد في حصوله من تدخل الكهنة بما لهم من سلطة الاشراف على الديانات .

٦٨ — تدخل الشعب والكرية : تبدأ إجراءات التبنى بقيام رجال الدين بعمل تحقيق . ثم يطلب انعقاد مجالس الشعب ( comices curiates ) بدعوة من الرئيس الديني ( pontifex maximus ) الذي يسأل كلا من المتبنى والمتبنى ثم الشعب، فيما إذا كان كل منهم يوافق على التبنى أم لا، ثم يصوت الشعب بعد ذلك، فإذا أجاب بالموافقة يعلن في حفلة دينية ( la detestatio sacrorum ) انفصال المتبنى عن دياناته الأصلية .

٦٩ — تبسيط الإجراءات المقترحة : اضمحلت سلطة مجالس الشعب تدريجياً وصارت لا تجتمع إلا قليلاً، حتى كان الامبراطور دقلديانوس (Dioclétien) فأوجب بدلا عن الاجراءات المقدمة صدور أمر أو قرار من الامبراطور بالتبنى ( rescrit du prince ) باعتبار الامبراطور صاحب السلطة التشريعية والرئيس الديني للدولة ، وبقي الحال على هذا المتوال حتى الامبراطور جوستنيان .

٧٠ — شروط صمت أو شروط الموضوعية : لهذا النوع من التبنى شروط موضوعية يجب توافرها لصحته ويمكن حصرها فيما يأتي :

١ — يجب اتفاق الطرفين المتبنى ( adrogé ) والمتبنى ( adrogeant ) .

٢ — يجب أن يكون المتبنى ( adrogeant ) أهلاً لاكتساب السلطة الأبوية ، فلا يصح للمرأة أن تتبنى ، كذلك الأجنبي ليس له أن يتبنى إلا طبقاً لقانونه الوطني، وإنما سمح لها بذلك في القانون الحديث بشرط استئذان الامبراطور ويقصد إيجاد صلات القرابة فقط .



٣ — هناك شروط أخرى ترجع إلى الاجراءات الشكلية المقررة لهذا النوع من التبني . فن هذه الشروط أن يحصل التبني بروما ، وذلك لأن المجالس الشعبية لا تجتمع إلا في روما . ومنها أيضاً أن التبني مقصور على الوطنيين الذكور البالغين اذ هم وحدهم الذين لهم حق حضور المجالس المذكورة . وقد زالت هذه الشروط عند ما صار التبني يتم بأمر من الامبراطور ( rescrit du prince ) .

٤ — وهناك شروط مقررة للمصلحة العامة حتى لا يرغب الناس عن الزواج بسبب سهولة التبني ، كاشتراط أن يكون المتبني ( adrogeant ) قد فات السن المقررة في القانون ( قوانين جوليا lois juliae ) للزواج وهي ٦٠ سنة .

٥ — يشترط أيضاً أن يكون المتبني أكبر سناً من المتبني ، وقد حدد جستنيان الفرق بثمانية عشرة سنة على الأقل وهي السن التي يعتبر فيها الانسان قادراً على التنازل .

٦ — وأخيراً هناك شروط مقررة لحماية حقوق كل من وريثة المتبني والمتبني فلا يجوز التبني لمن له أولاد من الزواج أو من التبني .

وإذا كانت المتبني قاصراً ، ( يلاحظ أن تبني القاصر لم يسمح به الا في عهد الامبراطورية أي بعد زوال المجالس الشعبية ) ، وجبت موافقة الوصي ويتعهد المتبني ( adrogeant ) برد مال المتبني ( adrogé ) اذا انقضى التبني قبل بلوغ هذا الأخير بموته أو بتحريره ، فيلزم برد مال المتبني ( adrogé ) اليه إذا حرر أو الى وريثه إذا توفي قبل البلوغ . وللمتبني ( adrogé ) عند بلوغه طلب تحريره اذا كان التبني في غير مصلحته ، فكان تبني القاصر لا ينفذ نهائياً عليه إلا بعد بلوغه ورضائه وذلك منعا لاستعمال التبني في التفرير بالقصر .

٧١ — ٧٠ آتايه : للتبني أثران : الأول خاص بالأشخاص ، والثاني خاص بالأموال .

١ — فيدخل المتبني ، ( adrogé ) في عائلة المتبني ( adrogeant ) ويخضع لسلطة هذا الأخير . فيحمل اسمه ، ويعتق ديانة عائلته ، ويصبح عصباً لا عصباً وعصواً من عشيرته ، ولا يقتصر أثر التبني ( adrogatio ) على المتبني وحده ( adrogé ) بل يتعداه إلى أفراد عائلته الخاضعين لسلطته فيخضعون معه لسلطة المتبني .

٢ — كذلك تؤول أموال المتبني ( adrogé ) إلى من تبناه دون أن ينتقل اليهما يكون

في ذمة المتبنى من الديون نتيجة لانتفاء صفته الماثلية ( capitis deminutio ) كما سنرى ذلك عند الكلام على الموت المدنى .

ولم يغير الامبراطور جوستينيان من أحكام نظام التبني ( adrogatio ) ، كما فعل بالنسبة لتبني الشخص الخاضع لسلطة غيره ( adoptio ) . غير أن المتبنى ( adopté ) قد استفاد من نظام الحوزات الذى زاد من أهليته ان الاسرقوا الذى أباح لهذا الاخير تملك بعض الاموال الآيلة اليه من طريق آخر غير طريق أبيه باعتبارها حوزة خارجية ( bona adventicia ) فطبقا لذلك احتفظ المتبنى ( adopté ) بملكيته أمواله باعتبارها حوزة خارجية ( bona adventicia ) ، ليس للتبني ( adrogeant ) عليها سوى حق ادارتها والانتفاع بها .

## § ٢ - تبني الخاضع لسلطة غيره ADOPTIO

٧٢- تعريفه : يمكن تعريفه بأنه تصرف قانونى بمقتضاء ينتقل شخص خاضع لسلطة غيره ( alieni juris ) ، ذكراً كان أو أنثى ، من عائلته الأصلية الى عائلة أخرى . ولا يترتب على هذا النوع من التبني انتفاء عائلة أو فناء ديانة من الديانات ، ولذا فليست له الأهمية السياسية والدينية التى لنظام التبني المسمى ( adrogatio ) ، بل هو نظام من الأنظمة التابعة للقانون الخاص .

٧٣- امراء الشكبة : يتم هذا النوع من التبني تحت اشراف الحاكم القضائى وهو البريتور ( préteur ) فى روما والحالم ( gouverneur ) فى الولايات التابعة لها . وقد كانت اجراءاته كثيرة التعقيد لان القانون الرومانى لم يكن يجيز لرب الأسرة أن يتنازل عن سلطته الأبوية الى شخص آخر ، لذلك تحايل الرومان للوصول الى تحقيق التبني بواسطة غير مباشرة تقوم على عمليتين ، يقصد بالأولى منهما إخراج المتبنى ( adopté ) من سلطة رب أسرته الأصلية ، ويقصد بالثانية إدخاله ، أى المتبنى ( adopté ) ، فى سلطة المتبنى ( adoptant ) .

العملية الأولى — ويقصد بها انتفاء سلطة الأب الطيعى — اقرح رجال الدين ( les pontifes ) لتحقيق هذا الغرض استنهاض نص من نصوص قانون الاثني عشر

لوحاً يقضى بتحرير الابن من سلطة أبيه إذا باعه هذا الأخير ثلاث مرات واستتج الشراح من قصر هذا النص على الابن أنه يكفي بيع البنت وكذا الفروع الآخرين، أى الأحفاد، مرة واحدة. فافقوا بأن لرب الأسرة أن يبيع ابنه ثلاث مرات (مرة واحدة إن كان المتبنى adopté، بنتاً أو حفيداً) إلى مشتر صوري وهذا يعتقه في المرتين الأولى والثانية فيعود إلى سلطة والده وباليق في المرة الثالثة بتحرر الولد من سلطة أبيه الطبيعي ويخضع لسلطة مشتريه الصوري (in mancipio). العملية الثانية — يقصد بها إدخال المتبنى تحت سلطة المتبنى — هنا أيضاً اقترح الكهنة استخدام أحد النظم القانونية، وهى الدعوى الصورية (in jure cessio) في غير ما وضعت له في الأصل. وقد سبق أن رأينا كيف استخدمت تلك الدعوى لتحرير العبد (affranchissement)، فيرفع المتبنى (adoptant) دعوى صورية على من يده الابن المقصود بتبنيه مدعياً أن الولد ابنه، ويعترف المدعى عليه أمام القاضي (cedit in jure) بصحة دعوى المتبنى، فيحكم القاضي بالحاق (addictio) الولد بالمدعى باعتباره ابنه، وبذلك يدخل الولد في سلطة المتبنى بناء على قرار القاضي المذكور.

٧٤ — السبب في تغيير إجراءات التبني: يلاحظ على الإجراءات المتقدمة كثرة تعقيدها، إذ كان من الممكن الاستثناء عن العملية الأولى ورفع الدعوى الصورية مباشرة من المتبنى على الأب الطبيعي، ولكن كان هناك ما يمنع الرومان من اتخاذ هذا الطريق المباشر. ذلك أن السلطة الأبوية (patria potestas) كانت من أقدس النظم القانونية لدى الرومان فكان يحرم القانون المساس بها أو التنازل عنها، الأمر الذى حمل الرومان على استخدام نص القانون القاضى بزوال السلطة الأبوية في حالة بيع الأب لابنه ثلاث مرات محلين القانون دونهم مسئولية زوال تلك السلطة.

٧٥ — تبسيط الإجراءات المتقدمة في عصر مرسىيانه: بقي هذا النظام متبعاً حتى عهد الإمبراطور جستنيان، فكان يتم التبني باقرار من الوالدين، الاصل والاصطناعى، أمام القاضي يدونه الكاتب (greffier) في وثيقة (acte d'adoption) مع مواقة الابن.

٧٦ — شروط العزوة أو الشروط الموضوعية : ( conditions de fond )

١ — يجب اتفاق الأبوين ( patres familias ) وقد كان الاتفاق بمجرد كافي

حتى عهد جوستينيان حيث قرر هذا الأخير وجوب عدم معارضة الولد للتبني .

٢ — يجب أن يكون المتبني ( adoptant ) أهلاً لا اكتساب السلطة الأبوية

فلا يجوز لكل من المرأة أو الأجنبي أن يتبنى . إنما سمح للمرأة بذلك ، كما بينا عند الكلام على النوع الأول ( adrogatio ) ، بقصد إيجاد صلات القرابة فقط .

٣ — يجب أن يكون الطرفان في حالة تفق مع التبني بأن يكون المتبني

( adoptant ) أكبر سناً من المتبني ( adopté ) وقد حدد جوستينيان الفرق بثمانية

عشرة سنة ، إنما لا يشترط في المتبني ( adoptant ) أن يكون قد بلغ سن الستين

كما هو مشروط في التبني من النوع الأول ( adrogatio ) . إلا أنه يلاحظ أن للأعزب والعين حق التبني رغم أن حالتهما ليس من شأنها اكتساب الابوة .

٧٧ — آثار التبني : يجب التفرقة بين حكم التبني قبل عهد جوستينيان وبينه

في عهد هذا الإمبراطور الذي أدخل تعديلات هامة على نظام التبني .

آثار التبني قبل جوستينيان : يختلف هذا النوع من التبني عن تبني الشخص

المستقل ( adrogatio ) في أن أثره لا يتعدى المتبني ( adopté ) ، فإن كان لهذا

الأخير أولاد فأنهم يقعون في عائلتهم الأصلية ، كذلك فإن آثار هذا النوع من التبني

قاصرة على حقوق المتبني ( adopté ) العائلية دون الحقوق المالية إذ ليس له

حال ، ويمكن حصر آثار التبني في أمرين :

١ — يدخل المتبني في عائلة متبنيه كأحد فروعه في الدرجة المبينة في وثيقة

التبني وهذا في مواجهة المتبني ( adoptant ) وأفراد عائلته .

فبالنسبة للمتبني ( adoptant ) يخضع الابن الجديد لسلطة الأبوية

( patria potestas ) كما لو كان قد ولد له من زواج شرعي فيحمل اسمه واسم

عشيرته ويعتق دياناته ويكتسب ما يترتب على القرابة المدنية من الحقوق وخاصة حق

الميراث من متبنيه .

وبالنسبة لأقرباء المتبني يصير واحد منهم ، عصباً للأعصاب وعضواً من العشرة .

٢ — ومن ناحية أخرى يخرج المتبني من عائلته الأصلية ومن دينه السابق

تقطع عنه السلطة الأبوية ويستتبع ذلك فقدة حق الميراث من أبيه ، كذلك تقطع صلة المدنية بأفراد عائلته الأصلية ويعتبر غريباً عن عشيرته .

لكن القرابة الطبيعية ( *cognatio* ) تبقى . وقد وقعت تلك الرابطة تدريجياً بازدياد الحقوق المترتبة على القرابة الطبيعية ، ومن أهمها حق الارث ، فقد منح البريتور للابن حق الارث من أبيه إذا حرره هذا الأخير ، بالرغم من انقطاع الصلة المدنية ، استناداً إلى بقاء الرابطة الطبيعية . إنما إذا خرج من سلطة أبيه بطريق التبني فإنه يحرم من الارث منه وذلك لأنه يكتسب بالتبني حقوقاً في عائلته الجديدة تعرضه عن حقوقه في عائلته الطبيعية . ولذلك منحه البريتور حق الارث من أبيه الطبيعي ، إذا حرره المتبني ثم مات والده حتى لا يحرم من الارث في العائلتين . إنما هناك حالة قد يحرم فيها من الارث في العائلتين في وقت واحد ، هي حالة ما إذا حرره المتبني بعد وفاة أبيه الطبيعي إذ لا رجوع في توزيع التركة .

٧٨ — آثار التبني في قانونه مستنباه : أحدث جستنيان في نظام التبني تعديلات هامة استلزمها احلال القرابة الطبيعية محل القرابة المدنية في الامة ففرق بين نوعين من التبني :

النوع الأول — التبني الناقص — ( *adoptio minus plena* ) ولقد جعله الاصل وبمقتضاه لا يخرج الابن من سلطة أبيه . ولا من عائلته الأصلية ، بل يحتفظ بحقوقه كاملة في عائلته الأصلية بما فيها حق الارث ، وكل ما يترتب على التبني هو اكتساب المتبني ( *adopté* ) حق الارث من متبنيه .

النوع الثاني — أبقى التبني بآثاره الأولى وأسماء بالتبني الكامل (١) ( *adoptio plena* ) في حالتين فقط :

١ — إذا كان المتبني أحد أصول المتبني ولم يكن هذا الأخير خاضعاً لسلطته . مثال ذلك : تبني رب أسرة ابن ابنه المحرر ( *émancipé* ) بقصد إدخاله أي ( ابن ابنه ) في عائلته .

ب — إذا كان المتبني ( *adopté* ) محجوباً في عائلته الأصلية بوارث آخر أقرب منه في الدرجة . فإذا أعطى ابن الابن بطريق التبني حال حياة أبيه ترتب على هذا

(١) راجع R. Monier, A propos de l'adoptio plena du droit de Justinien (Studi Albertoni, 1933, pp 335-339).

التبني الآثار الكاملة المتقدم الكلام عليها إذ ابن الابن محبوب بآيه . إنما إذا زال  
الحاجب بأن توفي الأب قبل وفاة الجد تحول التبني المذكور من تلقاء نفسه إلى  
تبني ناقص. (١)

### المصدر الثالث — منح البنوة الشرعية أو تصحيح النسب (٢)

#### LA LEGITIMATION

لم يظهر هذا النظام إلا في العهد الأخير من الامبراطورية وهو مرتبط  
بالمعاشرة ( concubinat ) التي لم يعترف القانون الروماني بمشروعيتها إلا ابتداء  
من الوقت المذكور ففتح البنوة الشرعية للأبناء المولودين من تلك المعاشرة في  
أحوال خاصة فترتب على ذلك خضوعهم لسلطة أبيهم الطبيعي  
وهو يتم بثلاث طرق :

٧٩ - ١ . بالزواج المزمع ( mariage subséquent ) فبزواج الرجل  
بخليلته يخضع الابن المولود لها لسلطة أبيه الطبيعي . وقد تقررت القاعدة المذكورة  
منذ العهد المسيحي لتشجيع الوالدين على تصحيح علاقتهما غير الشرعية واشترط  
جستينيان لذلك شروطاً ثلاثة :

أ — أن يكون برضا الابن الطبيعي إذ الابن الطبيعي مستقل بحقوقه  
( sui juris ) فلا يصح أن يجبر على الخضوع لسلطة غيره بدون رضاه  
ب — أن يكون الزواج مكنناً قانوناً وقت تكوين نطفة الولد ، فإذا كان أحد  
الوالدين متزوجاً وقت حصول الحمل كان الولد وليد زنا ولا يمكن  
منحه البنوة الشرعية .

ج — الشرط الأخير خاص بالشكل ويقضى بوجوب تحرير عقد بالزواج  
( instrumentum dotale ) .

٨٠ - ٢ . بقرار من الامبراطور ( rescrit du prince ) : ويجوز

---

(١) كيك . طبعة ١٩٢٨ ص ٢٠٢ - وجيرار ، طبعة ١٩٢٩ ص ١٩٨ . وهناك من الشراح  
من يعارض في اعتبار هذه الحالة من التبني الكامل ، ومنهم كوليه وجيفار ، موجز القانون الروماني ،  
الجزء الاول ، بقعة ٣٩٠ - وموتيه ، ١٩٣٥ الجزء الاول ، صفحة ٣٢١ .

للامبراطور أن يمنح النبوة الشرعية في الأحوال التي يتعذر فيها الوصول إلى هذه النتيجة بطريق الزواج اللاحق لوفاة الأم مثلاً أو غيابها ، أو زواجها من آخر بعد المعاشرة .

ويكون ذلك بناء على طلب الأب ، وبقرار من الامبراطور ولو بعد وفاة الأب المذكور ، كأن يكون قد أبدى رغبته في ذلك قبل وفاته ، ويشترط فيه ما يشترط في الطريقة الأولى من عدم اعتراض الابن ومن أن يكون الزواج ممكناً وقت الحمل وإن كان هناك خلاف في هذا الشرط ، وهناك شرط ثالث ، هو ألا يكون للأب أولاد شرعيون من زواج آخر حتى لا يمس ذلك مصالحهم في الميراث.

٨١ - ٣. بنزله إلى المجالس البلدية ( oblation à la curie ) :  
قررت هذه الطريقة في عهد تيودوز الثاني وفلاتنيان الثالث سنة ٤٤٢ ميلادية وبواسطتها تمنح النبوة الشرعية لمن ولد من معاشرة غير شرعية ، فإذا كان ذكراً وهبه أبوه إلى المجلس البلدي ( la curie ) ، أما إذا كانت أنثى زوجها أبوها باحد أعضاء المجلس المذكور ويطلق عليهم ( décurions ) . وكان يتكون من هذه المجالس في المدن طبقة من الأشراف تشبه طبقة أعضاء السناو بروما ، وكان أعضاؤها مكلفين بتحصيل الضرائب ويسألون عن جبايتها في أموالهم الخاصة ولذلك اهتم الأباطرة بالحصول على أعضاء لهذه المجالس بكل الوسائل . ومن هذه الوسائل منح النبوة الشرعية لمن يهبه أبوه لعضوية تلك المجالس . وكان يجب على الأب الذي يهب ابنه للعضوية أن يمنحه قدراً معيناً من المال أو الأراضى هو نصاب العضوية في هذه المجالس .

على أنه يلاحظ أن أثر الطريقة الأخيرة قاصر على اخضاع الابن الطبيعي لسلطة أبيه دون أن يترتب على ذلك دخوله في أسرة والده فلا يعتبر عصباً لا قارب الأب ولا عضواً عشيرته .

## المبحث الثاني

### في آثار السلطة الأبوية وحالة أولاد الأسرة

السلطة الأبوية ( *patria potestas* ) هي تلك السلطة التي لرب الأسرة على أولاده وأولاد أولاده من الذكور، فهي تشمل أبناءه ( *filii* ) وبناؤه ( *filiae* ) وأبناء أبنائه ( *nepotes* ) وبناوات أبنائه ( *neptes* ) . وتتميز عن سلطته على عبيده ( *dominica potestas* ) من الأوجه الآتية :

- ١ — لا يجوز لرب الأسرة التنازل عن السلطة الأبوية لغيره بطريق الاشهاد بخلاف سلطته على رقيقه فله أن ينقلها لغيره ببيع العبد.
  - ٢ — يبيع الابناء بطريق الاشهاد ( *mancipatio* ) أثره مؤقت ولا يكسب المشتري السلطة الأبوية على الابن المبيع .
  - ٣ — عند موت رب الأسرة يصبح أولاده الذين في الدرجة الاولى وهم المسمون بورثة أنفسهم ( *heredes sui* ) مستقلين بحقوقهم ( *sui juris* ) . أما الارقاء فلا يتغير حالهم بموت سيدهم فهم جزء من التركة ينتقلون معها الى ملك الورثة .
- وقد بدأت تلك السلطة مطلقة ثم حلت تدريجيا نتيجة نمو شخصية الابن .

### § ١ — تاريخ السلطة الابوية

٨٢ — سلطة رب الأسرة مطلقة في العصر القديم : يمكن الكلام على آثار السلطة الابوية في القانون القديم في قسمين ، نذكر في القسم الاول أثر تلك السلطة بالنسبة للأشخاص ، وفي القسم الثاني أثرها بالنسبة للأموال .

- ١ — بالنسبة لموتها : كانت سلطة رب الأسرة على أولاده مطلقة في القديم . فهو الذي يقرر عند الولادة ضم المولود لعائلته أو نبذه . وهو الحكم الاعلى والقاضى في عائلته ، فهو الذي يعاقب على الجرائم التي ترتكب داخل العائلة بالاشتراك مع



مجلس العائلة ( concilium propinquorum ) وله بناء على هذا الاعتبار حق الموت والحياة على أولاده ذكورا كانوا أو إناثا مع قيد شكلي هو استشارة أقاربه دون التقيد برأيهم . وله أن يبيعهم عقاباً لهم كعبيد فيما وراء نهر التبر . وله أن يبيعهم داخل روما بطريق الاشهاد الا أن قانون الاثنتي عشرة لوحة حد من حقه هذا فحصره على بيع ابنه ثلاث مرات يتحرر الابن بعدها من سلطته . وله أن يزوج أولاده كيفما شاء دون حاجة لأخذ رضائهم .

س - بالنسبة لموالات - رب الأسرة هو المالك الوحيد لأموال الأسرة مدة حياته ، فله أن يتصرف فيها بكافة أنواع التصرفات في أثناء حياته أو لما بعد وفاته بالوصية بل وله أن يحرم أولاده من الميراث إذا أراد ذلك .

٨٢ - سلطة مقيدة في العصر الحديث : هذه السلطة المطلقة كان من الممكن تفسيرها في العصور الأولى لروما حيث كانت العائلة متحدة في المعيشة والدولة الرومانية قاصرة على بقعة محدودة ولكن ظهرت صفتها التعسفية بتفكك العائلة وبتوسع أرجاء الدولة الرومانية نتيجة فتوحاتها الواسعة في إيطاليا وأفريقيا . فقررت قيود شتى تحد من تلك السلطة المطلقة ، وظهرت بجانب فكرة السلطة ( potestas ) التي لرب الأسرة ، فكرة الواجب ( officium ) واجب الحب والعطف نحو من تربطهم به صلة الدم ( devoir d'affection ) . وما تاريخ السلطة الأبوية الا عبارة عن تاريخ لقيودها التدريجية .

١ - فبالنسبة لموالات خاص : حرم على رب الأسرة نبذ مولوده . كذلك قصر حقه في بيع أولاده على حالة الضرورة القصوى وعدم قدرته على الاتفاق عليهم ، وللأبن أن يشتري نفسه بأن يعرض مشتره بعمله ما يكون قد دفعه هذا الأخير ثمناً لشراؤه . كذلك سلب حقه في اعدام ولده عقاباً له على جرائمه ، بأن جعل حق العقاب للقضاء لا للأب ، وقصر حق هذا الأخير على مجرد التأديب البسيط (١) . كذلك حرم على الأب تزويج ولده بدون أخذ رضاه . ثم تقرر للأبن حقوق قبل والده فأوجب القانون على الأب مساعدة ابنه المعوز بقدر حالته ومنح الابن

(١) جيرار ، طبعة ١٩٢٩ ، ص ١٥٢ - كيك ، طبعة ١٩٢٨ ، ص ١٣٦ .

الحق في مطالبة آية بالنفقة المذكورة . كذلك سمح للابن بالالتجاء الى القضاء للنظم من سوء معاملة آية .

٢- وبالنسبة لأموال : بقي رب الأسرة هو المالك المتصرف لأموال الأسرة إلا أنه حرم عليه حرمان ورثته بدون وجه حق إذ يقضى عليه واجب الحب لورثته ( officium pietatis ) أن يترك لهم جزءاً من التركة وقد حدد العرف هذا الجزء بالربع وسمى بالربع الشرعي ( la quarte légitime ) . وأخيراً بعد أن كان رب الأسرة هو المالك الوحيد في العائلة اعترف للابن بأهلية تملك بعض أموال تسمى بالخوزات ( pécules ) .

والآن وقد درسنا حقوق رب الأسرة المستمدة من سلطته الأبوية يحسن اتماماً للفائدة أن نكمل هذه الدراسة يبحث آخرين فيه حالة ابن العائلة مع مقارنتها بحالة العبد وذكر ما بينهما من أوجه الشبه ومن أوجه الخلاف .

## § ٢ - حالة ابن الأسرة ومقارنتها بحالة العبد

٨٤- أوجه المماثلة بين العبد وبنو الأسرة : يملن حصر هذه الأوجه فيما يأتي .

١ - يتمتع ابن الأسرة دون العبد بالحرية وبالوطنية فلا يختلف كثيراً عن رب الأسرة فيما يتعلق بالحقوق العامة فهو وإن كان خاضعاً لرب الأسرة داخل المنزل ( domus ) إلا أنه مستقل عنه تماماً في المدينة ( cité ) فهو أهل لتقلد المناصب العامة في الحكومة أو القضاء وبذا قد يصل من هذا الطريق الى أن تكون له سلطة على رب أسرته .

٢ - يعتبر ابن الأسرة عضواً من العشيرة ( gens ) ويحمل اسمها بخلاف العبد فإنه لا يعتبر فرداً من العشيرة .

٣ - اعتبر ابن الأسرة دائماً من الأشخاص ( personnes ) وله بناء على هذا الاعتبار بعض الحقوق العائلية فله أن يتزوج وقد اكتسب في العصر العلي حقوقاً قبل أولاده ، بخلاف العبد فهو يعتبر من الأشياء وليست له حقوق عائلية

٤ — يصبح ابن الأسرة عند وفاة أبيه مستقلاً بحقوقه (sui juris) ويرث منه أموال الأسرة بخلاف العبد فإنه يعتبر جزءاً من التركة ولا يتغير حاله بعد موت سيده بل يبقى عبداً وينقل إلى سيادة الورثة .

٥ — كذلك لابن الأسرة حقوق مالية (droits patrimoniaux) فله كقاعدة عامة أن يقاضى ويقاضى وله أن يتعاقد ويلتزم وبالتالي أن يصير دائناً أو مديناً . والتزامه الناشئ عن تعاقد ملزم له مديناً (jure civile) لا طبعياً فقط كما هو حال العبد . (١)

٨٥ — أوجه التمييز بينهما : على أن شخصية الابن هذه تبقى غير ظاهرة الأثر ونظرية محضة مدة حياة رب الأسرة إذ رب الأسرة هو المالك الوحيد في العائلة والمتصرف المطلق في أموالها، لذلك كانت حالة ابن الأسرة شبيهة بحال العبد فيما يتعلق بالأموال :

١ — فكل منهما أداة لاكتساب الحقوق لمصلحة رب الأسرة إذ كل ما يؤول إلى الابن من تركه أو يصدر إليه من الهبات أو الوصايا يؤول إلى رب الأسرة، كذلك كل ما يحصل عليه من ثمرة عمله يذهب إلى رب الأسرة ومركزه في ذلك مركز العبد تماماً .

٢ — كذلك قد يعهد رب الأسرة إلى ابنه استثمار جزء من أمواله يقال له حوزة (peculium) وهذه الحوزة مع بقائها قانوناً ملكاً لرب الأسرة إلا أن لها كياناً مستقلاً عن بقية أمواله فلها جانب إيجابي (actif) وجانب سلبي (passif) . والواقع أن الابن يديرها ويتنفع بها انتفاع المالك تماماً . إلا أنه عند وفاة الابن ترد تلك الحوزة إلى الأب باعتبار الأخير مالكا لها لا وارثاً . ولهذا الاعتبار أهميته إذ لا يلزم رب الأسرة بالديون التي يكون قد عقدها ابنه بخصوص تلك الحوزة إلا بقدر قيمتها وبقدر الفائدة التي حصل عليها من تصرفات الابن (enrichissement) ، بخلاف ما إذا اعتبر وارثاً لتلك الحوزة عن ابنه فإنه يسأل عن الديون المذكورة برمتها وليس في حدود قيمة الحوزة فقط . والخلاصة أن رب الأسرة قد يستفيد من الحوزة ولكن لا يمكن أن يضار بسببها .

(١) راجع كيك ، طبعة ١٩٢٨ ، ص ١٤١ — جيار ، طبعة ١٩٣٩ ، ص ١٠٦ هامش ٥ ، ص

٣ — وأخيراً قد يعدد رب الأسرة إلى ابنه أمر إدارة تجارة بحرية أو برية أو مباشرة تصرف معين، ففي الأحوال المتقدمة، كما في حالة العبد، يلزم رب الأسرة بما ينشأ عن تنفيذ تفويضه من الديون كاملة بالدعاوى التي سبق لنا دراستها وهي دعوى التجارة البحرية (actio exercitoria) ودعوى التجارة البرية (actio institoria) (الدعوى المسماة (actio quod jussu) فابن الأسرة لا يختلف فيما تقدم عن العبد.

٨٦ — نظور مرسوم في عهد الامبراطورية: يتبين مما تقدم أنه يمكن تشبيه حالة ابن الأسرة بحالة العبد فيما يتعلق بالحقوق المالية إلا أن أوجه الخلاف بدأت في الظهور منذ عهد الامبراطورية حيث اعترف لابن الأسرة:

١ — بأهليته للالتزام مدنياً بعقوده وهو ما لم يعترف به أصلاً للعبد

٢ — بتملك بعض أموال خاصة تؤول إليه من غير طريق والده وهي ثلاثة أنواع: حوزة حربية (peculium castrense) وحوزة شبيهة بالحرية (peculium quasi castrense) وحوزة خارجية (peculium adventicium)

٨٧ — أهلية ابن الأسرة لالتزام مدنياً بعقوده<sup>(١)</sup>: قرر الفقهاء في العصر العلي لابن أهلية الالتزام مدنياً (jure civile) بعقوده فيجوز رفع الدعوى عليه لمطالبته قضائياً بتنفيذ الالتزامات المترتبة على عقوده وله أن يقاضى بصفته مدعياً في بعض الأحوال، ومن تلك الأحوال المنصوص عليها صراحة دعوى الاعتداء (action d'injure) فله رفعها شخصياً ضد من يعتدى عليه بالضرب أو السب. وهذا بخلاف العبد فإنه لم تكن له تلك الأهلية في وقت من الأوقات فهو لا يلتزم — كما سبق بيانه — بما ينشأ عن العقود التي يباشرها من الالتزامات إلا باعتبارها التزامات طبيعية كما أنه ليس له أن يقاضى أو يقاضى. ولكن يلاحظ أن أهلية ابن الأسرة للالتزام بقيت نظرية طوال الفترة التي لم تكن له فيها أموال. إذ تبقى التزامات الابن معطلة الأثر حتى يموت رب الأسرة ويرثه الابن وعندئذ فقط يمكن تنفيذها في

(١) راجع التوسع G. Le Bras, Esquisse, bibliographie et conclusions d'un cours de Pandectes. les contrats personnels du fils de famille à Rome (Revue internationale de l'enseignement, octobre 1931, pp 241 — 263).

نصيه من التركة . وبقيت الحال كذلك حتى اعترف له بحيازة بعض الحوزات وتملك بعض الأموال .

٨٨ — حرم أهليه لعنف القصوره : لم تبق أهلية ابن الأسرة مطلقاً بل قيدت بقرار من مجلس الشيوخ ( senatus-consulte Macédonien ) ، صدرين عامي ٦٩ — ٧٩ م ، حرم على ابن الأسرة عمل القروض ما لم يوافق والده أو يكن له حوزة مملوكة له . وكان الغرض من هذا التحريم منع المراهين من استغلال الشبان ومنع الابناء من الاسراف واحراج آباءهم . وقد كان السبب المباشر في وضع هذا القانون أن ابناً قتل أباه لعدم تسديد ديونه . وقيل بأن الاسم الذي أطلق على هذا القانون مأخوذ من اسم القاتل .

٨٩ — لايه الأسرة حيازة بعض أموال أخرى غير حوزة أبيه : هذه الأموال ثلاثة أنواع :

١ . النوع الأول : الحوزة الحربية (١) ( peculium castrense ) يرجع ظهور هذا النظام إلى تغيير نظام الجندية عند الرومان . فبعد أن كان الجيش في عهد الجمهورية يحصل تجنيده عند قيام الطوارئ ، أصبح جيشاً دائماً مكوناً من جنود محترقة ( mercenaires ) . فلبقاء على الجيش وتشجيعاً لآبناء الأسر على الانخراط في سلك الجندية ، منح الامبراطور ( Augustus ) لابن الأسرة الحق في الاحتفاظ بالأموال التي يكتسبها بصفته جندياً . وتشمل هذه الأموال مرتبه ونصيه من الغنائم والهبات أو الوصايا الصادرة إليه من رفاقه في الجندية الخ . . . ويختلف حكم هذه الحوزة عن حكم الحوزة التي يحصل عليها الابن من أبيه بأن حقه عليها غير قاصر على الاتفاص بها بل له أيضاً أن يتصرف فيها حال حياته . بل ولما بعد وفاته بطريق الوصية ، وهو ما يفيد أن حقه عليها حتى ملكية بخلاف حقه على حوزة أبيه قاصر على الاتفاص .

---

(١) راجع التوسع Appleton, Les pouvoirs du fils de famille sur son pécule castrense, ( Nouv. rev. hist. de droit, t xxxv, 1911, p 593 et suiv ) . Fitting, das castrense peculium, 1871 ; Bonfante Corso, 1, 1925 pp 93 -100, 104 - 105 ; Cuq, Manuel, 1925, pp. 147- 148; Girard, Manuel, 1929, pp 145 et s.

على أنه يلاحظ في العصر العلى أن الاب لم يفقد كل حقوقه على الحوزة الحرية المذكورة ، بدليل أن الابن إذا توفي من غير أن يوصى بماله من الحوزة الحرية فأنها كانت تزول إلى أبيه بنفس الشروط الخاصة بالحوزة التي حصل عليها من أبيه بمعنى أنه لا يلزم بالديون إلا بقدر الحوزة فقط.

وقد تغير الحكم المذكور في عهد جوستينان فصار الاب يخلف ابنه في حوزته الحرية باعتباره وارثاً له ( *jure hereditatis* ) وهو لا يرثه إلا عند عدم الفروع والاخوة والاخوات وبذلك خرجت هذه الاموال في عهد جوستينان عن اعتبارها حوزة وصارت مالا خاصاً للابن ليس للاب عليه سوى حق الارث .

٢ — النوع الثاني : الحوزة شبه الحرية ( *peculium quasi castrense* ) .  
أنشأ الامبراطور قسطنطين هذا النظام على أثر اتساع البلاط الامبراطورى وازدياد عدد الموظفين المحيطين بالامبراطور . فبسط نطاق أحكام الحوزة الحرية على ما يحصل عليه الابن بصفته موظفاً عمومياً أو قسيساً وشملت أخيراً ما يحصل عليه الابن المحامى من الاتعاب وكذلك الهبات الصادرة إليه من الامبراطور .

٣ — النوع الثالث : الحوزة الخارجية ( *peculium adventicium* ) — تشمل في عهد جوستينان كل الاموال التي تزول إلى ابن الأسرة من غير طريق والده ولا تدخل في أحد النوعين السابقين . فهي تشمل مثلاً ما آل إليه من ميراث أمه أو زوجته أو من هبات خطيبته .

ويختلف حكم هذه الحوزة عن الحوزتين السابقتين في أن للوالد حق إدارتها والانتفاع بها حال حياته مع بقاء ملكية الرقة للابن .

### المبحث الثالث — في انقضاء السلطة الابوية

تبقى السلطة الابوية كقاعدة عامة ما دام رب الأسرة حياً فلا تنقضى بلوغ الابن ( *majorité* ) إذ هي مقررة لمصلحة الأسرة ورئيس العائلة لألحماية الابن . هذا هو الاصل ، إلا أنها قد تزول قبل موت رب الأسرة لاحد الاسباب الآتية :

١ — وفاة الابن .

٢ — موت الأب أو فقدته الحرية أو الوطنية أو صيرورته تابعا لغيره بالتبني مثلا

٣ — منحة قانونية للابن إذا رفع الى مناصب معينة كنصب كاهن في العهد الوثني أو أسقف في العهد المسيحي أو كنصب قنصل أو قائد الخ .

٤ — لعدم جدارة الاب للاحتفاظ بالسلطة الابوية بسبب تركه طفله ونبذه أو بسبب تخريض ابنته على الفسق والفجور أو بسبب عقده على أحد المحارم ( mariage incestueux ) .

٥ — وأخيراً بالتحرير ( emancipatio ) .

وستقتصر على دراسة التحرير ( emancipatio ) بيان اجراءاته وآثاره .

٩٠ - التحرير : هو عمل قانوني بمقتضاه يخرج رب الأسرة من سلطته ابنه أو ابنته فيصبح كل منهما مستقلا بحقوقه ( sui juris ) . وهو يصدر من رب الأسرة وحده دون موازنة الابن . وقد كان الأصل فيه فكرة العقاب ( punition ) فهو بمثابة حرمان ( déchéance ) للابن من حقوقه في عائلته وعشيرته . فالابن المنبوذ من المنزل العائلي ( domus ) منبوذ أيضاً من أهله وعشيرته ويفقد بذلك حقوقه في الارث والوصاية والقوامة التي كانت له في عائلته . وقد يلجأ الأب الى تحرير ابنه في حالة عوزة واعساره إذا كانت أموال العائلة لا تكفي لاطعام الأبناء جميعاً . على أن صفة التحرير قد تغيرت فبعد أن كان الباعث عليه الرغبة في عقاب الابن العاق صار يلجأ اليه الاب ليكافئ ابنه الراشد العاقل الذي أظهر بحسن تديره وحكمة تصرفه وقوة خلقه أهليته لتولى شئونه بنفسه دون أن يخشى عليه من منحه هذا الاستقلال بحقوقه .

٨٨ - اجراءاته : هذا وقد تغيرت اجراءات التحرير بتغير صفته :

١٠ ( في القانون القديم ) : يرجع التحرير الى ما بعد تاريخ الألواح الاثني عشر . أذ جرى به العرف بعد ذلك باستخدام النص الموجود بالألواح المذكورة والقاضي بزوال السلطة الابوية إذا باع الاب ابنه ثلاث مرات بقصد التحرير . فيتفق الاب مع مشترصوري على أن يبيعه ابنه ثلاث مرات ويحرره المشتري في المرتين الأولى والثانية وبتمام البيع الثالث يتحرر الابن من سلطة أبيه .

( patria potestas ) ويبقى خاضعاً لسلطة المشتري ( in mancipio ) ولتحريره من سلطة المشتري ترفع عليه دعوى الحرية بصفة صورية ( vindicta ) وبها يتم تحرير الابن .  
٢ . ( في العهد الامبراطوري ) : وقد تبسطت الاجراءات المتقدمة في العصر البيزنطي فصار يتم في الاجزاء الشرقية من الامبراطورية الرومانية بعمل إرادى من جانب الأب، سواء في صورة عقد ( contrat ) أو وصية ( testament ) ، بمقتضاه يتخلى الأب عن سلطته الأبوية وذلك بدون تدخل شخص ثالث وتكون النتيجة حرمان الابن المحرر من الارث . ويقال لعقد التخلي هذا عند الاغريق ( apokeryxis ) .  
وقد أيد جوستنيان هذا العرف بمعنى أنه أجاز للأب تحرير ابنه دون حاجة الى الالتجاء للاجراءات الشكلية السابق ذكرها ، بأن يقرر رغبته المذكورة في تحرير ابنه أمام القاضي ولكن بشرط موافقة الابن حتى لا يحرم من عائلته كرهاً عنه . واشترط موافقة الابن هذه دليل على التغيير الذى طرأ على صفة التحرير من اعتباره عملاً من أعمال السلطة يأتيه الأب رغماً عن الابن وفي أغلب الاحيان عقاباً له الى اعتباره طريقة تمييز الابن ومنحه الاستقلال بحقوقه .

٩٢ - آثار التحرير في القانون القديم : كانت آثار التحرير في القانون القديم بسيطة ومطلقة ، فالولد المحرر تنقطع صلة بعائلته الاصلية فلا يربطه أى رابط قانونى بأبيه أو إخوته وأخواته وكذا جميع الاعصاب ( agnats ) ومنهم أمه إذا كان زواجها من أبيه بطريق السيادة ( cum manu ) ويترتب على زوال قرابته من عائلته الاصلية فقد جميع الحقوق المبينة على القرابة المدنية ( agnatio ) من حق في الوصاية والقوامة والارث .

كذلك تنقطع صلة بأولاده إذا لم يتحرروا معه . ويصبح الولد بتحريره مستقلاً بحقوقه ( sui juris ) فيصبح له ذم قوله مال .

٩٣ - تخفيف الاعطام المتقدم متممياً لصلاح ابيه المحرر : تدخل البريتور ليحفظ للابن المحرر حقوقه في الارث من أقاربه الطبيعيين فالقرابة المدنية ( agnatio ) وان انقطعت بالتحرير الا أن القرابة الطبيعية ( cognatio ) تبقى ، وهي تكفى في نظر البريتور لتقرير الارث بين الولد المحرر وأفراد عائلته .

وفيما يتعلق بالحوزات فقد جرى العرف على أن يترك الأب لابنه عند تحريره



الحوزة التي كان قد أعطاها له وهي الحوزة المسماة ( *peculium profecticiam* ) كذلك تقرر أن الابن يأخذ معه عند تحريره حوزته الحريسة ( *peculium castrense* ) وحوزته الشبهة بالحوزة الحرية ( *peculium quasi-castrense* ) أما الحوزة أو الاموال الخارجية ( *bona adventicia* ) فقد تقرر في عهد الامبراطور قسطنطين أن للاب الذي يحرر ابنه أن يحتفظ بثلاثها ملكاً خالصاً له ( *en pleine propriété* ) لتعويضه عن حقه في الانتفاع بالاموال المذكورة . وقد تعدل هذا الحكم في عهد جوستنيان فتقرر أن للاب على الاموال الخارجية حق الانتفاع ( *usufruit* ) بنصفها فقط دون ملكية الرقة . وقد تقرر في العهد البيزنطي امكان فسخ التحرير بسبب جحود الابن المحرر ( *ingratitude* ) وهذا يدل دلالة صريحة على طبيعة التحرير في هذا العصر باعتباره طريقة لمكافأة الابن وتمييزه في حالة ثبوت أهليته وجدارته للاستقلال بشؤونه .

٩٤ — ملاحظة ومقارنة : كثرت أحوال التحرير في عصر الامبراطورية السفلى ( *Bas-Empire* ) وقل أن يبقى الابن خاضعاً لسلطة أبيه حتى وفاته . ولكن الرومان لم يصلوا بالرغم من ذلك إلى تقرير مبدأ تحرير الابن من السلطة الابوية بمجرد بلوغه كما هو الحال في الشرائع الحديثة ، بل بقيت السلطة الابوية دائمة ما دام رب الاسرة على قيد الحياة .

نستخلص مما تقدم أن نظام السلطة الابوية ( *patria potestas* ) نظام روماني بحث لم يؤخذ به في الشرائع الحديثة .

والآن وقد انتهينا من الكلام على السلطة الابوية وجب علينا اتماماً لدراسة نظام العائلة أن ندرس السلطة الزوجية ( *manus* ) وهو يؤدي بنا الى بحث نظام الزواج بنوعه أي سواء كان مصحوباً بالسيادة ( *cum manu* ) أو بدونها .

# الفصل الثانى

## الزواج<sup>(١)</sup>

٩٥ - قواعد عامة: حافظ الرومان دائماً على مبدأ عدم تعدد الأزواج ولكنهم عرفوا نوعين من الزواج: الزواج مع السيادة ( cum manu ) والزواج بدون السيادة ( sine manu ) . وكلاهما زواج شرعى ( justæ nuptiæ ) وقاصر - كقاعدة عامة - على جماعة الرومان .

وفى الزواج مع السيادة تخضع الزوجة لسيادة زوجها أو لسيادة صاحب السلطة عليه ( pater ) . وفى الزواج بدون السيادة تبقى الزوجة على حالتها الأولى سواء كانت خاضعة لسلطة رب أسرتها أو مستقلة بحقوقها ، ولا تدخل فى سيادة زوجها وإنما يخضع أولادها من الزواج لسلطة أبيهم أو صاحب السلطة عليه .

## المبحث الأول - فى الزواج بالسيادة

لأكتساب السيادة الزوجية ( manus ) إجراءات خاصة سوف نبدأ بالسكلام عليها ثم نبين قواعد الزواج بالسيادة .

### § ١ - اكتساب السيادة<sup>(٢)</sup>

تكتسب السيادة وبالتالى ينعقد الزواج باحدى طرق ثلاث :

أولاً - بطريق الزواج الدينى

ثانياً - بطريق الشراء

ثالثاً - بطريق الاستعمال

Bonfante, *Corpus*, I, 1925 pp 39-52, 165-230, 240-268, 283-401 :

(١) راجع التوسع

Levy (E). *Der Hergang der römischen Ehescheidung*, Weimar, 1925; Corbett (E). *The Roman law of marriage*, Oxford, 1911, 254 p.

Westrup (W). *Quelques observations sur les origines du mariage par usus et du mariage sans manus dans l'ancien droit romain*, Paris, 1926.

(٢) راجع

٩٦ — أولاً — الزواج الدينى (confarreatio): هو زواج رسمى ودينى فى آن واحد، ويحصل هذا الزواج فى معبد جوبيتر وفيه يقدم طالباً الزواج إلى الهة الآلهة (jupiter) قرباناً هو عبارة عن كعكة (farreus panis) ويرتلان عبارات دينية معينة أمام عشرة شهود - وهو أكبر عدد من الشهود اشترط القانون الرومانى وجوده فى عقد من العقود - وبحضور الجبر الأعظم وكاهن المعبد.

والظاهر أن هذه الطريقة بقيت قاصرة على طبقة الأشراف (patriciens) وحدهم دون العوام (plébiens) وكان يشترط لصحة الاجراءات المتقدمة أن يكون الجبر الأعظم نفسه وكذا كاهن المعبد مولودين من مثل هذا الزواج وأن يكونا متزوجين بنفس هذه الطريقة.

٩٨ — ثانياً — الزواج بطريق الشراء (coemptio): ويقال له فى كثير من الأحيان الزواج المدنى تمييزه عن الزواج الدينى السابق كما يصدق عليه أيضاً بزواج العامة (mariage plébéien) تمييزه عن الزواج المتقدم الذى كان قاصراً على جماعة الأشراف (mariage patricien). ويتم هذا الزواج بنفس الطريقة التى تكتسب بها الملكية على الأشياء النفسية (res mancipi). وهى طريقة الاشهاد (mancipatio)، فيكتسب الزوج السيادة على زوجته باجراءات تامة لاجراءات الاشهاد مع تغيير فى عبارات الاشهاد يتفق والغرض المقصود منه وهو تحقيق الزواج. ويذهب كثير من الشراح إلى اعتبار هذا الزواج من ابتكار العامة حتى تكون لهم على أزواجهم نفس السلطة التى للأشراف على أزواجهم. (١)

٩٨ — ثالثاً — بطريق الاستعمال (usus): فعاشرة الزوج لزوجته مدة سنة كاملة بدون انقطاع تكسبه السيادة (manus) على زوجته التى تزوجها بطريقين المتقدمتين ويشبه الاستعمال هذا (usus) طريقة اكتساب الملكية بمضى المدة (usucapio). فكما أن واضع اليد لا يصير مالكا إذا انقطعت مدة وضع يده، فكذلك الزوج لا يكتسب السيادة على زوجته إذا غابت هذه الأخيرة ثلاث ليال متوالية خارج منزل الزوجية قبل انتهاء السنة وهو ما يسمى بانقطاع الثلاث ليالى (usurpatio trinocitii) المنصوص عليه فى قانون الاثني عشر لوحاً.

(١) كيك ، طبة ١٩٢٨ ، ص ١٥٦ — جيار ، طبة ١٩٢٩ ، ص ١٦٥ .

## § ٢ - قواعد الزواج مع السيادة

٩٩ - شروط صمت : يشترط لصحة هذا الزواج نفس الشروط اللازمة لصحة الزواج بدون السيادة - وستكلم عليها عند شرح هذا النوع الأخير من الزواج - إنما يختلفان في الآثار .

١٠٠ - آثاره : فبمقتضى هذا الزواج تنتقل الزوجة من عائلتها الأصلية إلى عائلة زوجها وتعتبر مئة بالنسبة لعائلتها الأصلية وتدخل في عائلة زوجها بصفتها بنتاً له ( loco filiae mariti ) .

فمن جهة تنقطع كل صلتها برب أسرتها وبأعصابها وعشيرتها وتفصل عن ديانة عائلتها الأصلية ويترتب على انقطاع الصلات المذكورة سقوط جميع الحقوق المترتبة عليها من ارث وصاية وقوامة .

وتصبح من جهة أخرى عضواً في عائلة زوجها باعتبارها بنتاً ( loco filiae ) له وأختاً لأولادها منه ( loco sororis ) وترث من زوجها بناءً على هذا الاعتبار فإذا توفي الزوج من غير عقب ورثته وحدها . وتخضع لسيادة زوجها إذا كان مستقلاً بحقوقه ( sui juris ) ، أو لسيادة صاحب السلطة عليه ( pater ) إذا كان خاضعاً لغيره ( alieni juris ) . وتشبه هذه السيادة السلطة الأبوية . فللزوج كالأب مثلاً أن يسترد زوجته بدعوى الاسترداد . وله يعبأ وعقابها ، وطلاقها ، كما أنه يمتلك بواسطتها ويكتسب عنها الحقوق شأنها في ذلك شأن جميع أفراد العائلة الخاضعين لسلطته . فإخذ الزوج ما يكون عندها من المال عند الزواج إذا كانت مستقلة بحقوقها أو ما قد يمنحها أبوها لتعويضها عن ضياع حقوقها في الارث من عائلتها الأصلية .

ولكن هذه القواعد الشديدة كانت تخففها العادات ( mœurs ) ذلك أن الزوجة وإن كان القانون يذيب شخصيتها في شخصية الزوج إلا أنها كانت تتمتع في الواقع بقسط وافر من الاجلال والاحترام داخل المنزل ، فبجانب تديرها للشؤون المنزلية كانت تسيطر تحت إشراف زوجها - إذا كان هذا الأخير رب الأسرة - على إدارة الأعمال الزراعية الخاصة بأموال العائلة وكانت علاوة على

ذلك عطل ثقته وأمينه سره ويقال لها أم الأسرة (*mater familias*) (١)

١٠١— **انقضائه**: كان طلاق الزوج لزوجته في الأصل حادثاً نادر الوقوع، ولم يكن جائزاً إلا في أحوال معينة حددها العرف الذي لم يبح للزوج تطليق زوجته إلا في حالة ارتكابها بعض الجرائم، مثل الزنا والتسميم وتزييف مفاتيح المنزل وادعاء الولادة كذباً (*supposition de part*)

ويقع هذا الطلاق باجراءات مقابلة للإجراءات التي يتم بها الزواج. فإذا حصل الزواج بالطريق الديني يحصل الطلاق أيضاً في حفلة دينية مقابلة للاولى تسمى (*diffarreatio*) وفيها تطلب الزوجة إلى زوجها الانفصال عن الديانة (*sacra*) التي اعتنقتها بالزواج، وإذا تم بطريق الشراء أو الاستعمال يقع الطلاق ببيع الزوجة بطريق الاشهاد إلى مشتر صوري يحررها بعد ذلك من سلطته وهي نفس الطريقة التي يستخدمها رب الأسرة إذا أراد تحرير بنته .

لكن لم يكن للزوجة بالسيادة (*in manu*) أن تخرج نفسها من سيادة زوجها رغماً عنه. وإذا كان قد سمح لها في العصر العلي أن تطلب من زوجها تحريراً فلم يكن ذلك إلا تحت تأثير أحكام الزواج بدون السيادة .

١٠٢— **زوال الزواج مع السيادة**: زال الزواج بالسيادة تدريجياً من العمل وكان الاستعمال (*usus*) أولى صور هذا الزواج التي بطل العمل بها، وبقى الزواج الديني (*confarreatio*) معمولاً به بعد ذلك بمدة طويلة إذ كان شرطاً لتقليد بعض المناصب الدينية كما سبق ذكر ذلك فيما يتعلق بكاهن معبد جوبيتر (*flamine de Jupiter*) والرئيس الديني الأعلى (*rex sacrorum*)، إلا أنه لم يلبث أن اختفى هو أيضاً بظهور المسيحية واندثار الأدب الوثنية، ولم يبق من طرق الزواج بالسيادة سوى طريقة الشراء (*coemptio*) حيث نجد من النصوص في القرن الثالث والرابع بعد الميلاد ما يشير لهذا النوع من الزواج، إلا أنه لما لا شك فيه أنه أصبح نادراً جداً منذ أوائل الامبراطورية .

(١) راجع في بيان وظيفة المرأة الاجتماعية عند الرومان Bonafante, *Crona*, 1. pp 39-41

## المبحث الثاني - في الزواج بلا سيادة

في هذا النوع من الزواج لا تدخل الزوجة في عائلة زوجها ، فان كانت مستقلة بحقوقها ( sui juris ) بقيت كذلك واحتفظت بكل أموالها ، وان كانت تابعة لغيرها ( alieni juris ) لم تخضع لسلطة زوجها ، بل بقيت خاضعة لرب أسرتها ( pater familias ) فهذا الزواج يتعارض كل التعارض مع الزواج بالسيادة ( cum manu ) حيث تخضع فيه الزوجة لسلطة زوجها وتنقل اليه أموالها كما تقدم بيانه .

١٠٣ - أصل الزواج بمو سيادة : يذهب أغلب الشراح إلى ان الزواج بلا سيادة أحدث نشأة من الزواج مع اليادة ويميلون إلى اعتباره صورة مهذبة من الزواج المذكور (١) . ويخالفهم في ذلك نفر آخر من الشراح يرون استحالة اشتقاق نظام الزواج بلا سيادة من الزواج مع السيادة لاختلاف أحكامهما اختلافًا يائنا ويرجعون نشوء هذا النظام أصلًا فيما بين طبقة العامة ( plébéiens ) فهو زواج شعبي ذاع استعماله حتى صار ، عملاً ، الزواج الوحيد في العصر العلي . (٢)

١٠٤ - تعريف الزواج بمو سيادة : هو زواج عرقي ( mariage privé ) ومع ذلك فهو زواج شرعي ( justæ nuptiæ ) وليس فقط مجرد معاشرة فعلية ( union de fait ) . فالزوجة تشارك زوجها مركزه الاجتماعي والأولاد المولودون لها من الزواج المذكور أولاد شرعيون كالأولاد المولودين من زواج بالسيادة .

وهناك نصوص مشهورة تعرضت لتعريف الزواج - أحدها للشارح ( Modestin ) وورد في الموسوعات ( Digeste 23, 2, 1 ) ونصه : الزواج هو اتحاد رجل وامرأة ، هو شركة شاملة للحياة . ومشاركة في أحكام القوانين الإلهية والآدمية ، وآخر لجوستينيان وورد في كتاب النظم ( institutes 1,9,1 ) ونصه : الزواج هو اتحاد الرجل والمرأة اتحاداً يتضمن اشتراكهما في حياة واحدة اشتراكاً تاماً .

وسندرس نظام الزواج بلا سيادة في أقسام أربعة :

(١) راجع في هذا المعنى جيرار ، الطبعة الثامنة ، ص ١٦١ - وستروب Westrup في المرجع السابق الإشارة اليه .

(٢) جيفار ، موجز القانون الروماني ، طبعة ١٩٣٤ ، الجزء الاول ، ص ٢٣٣ - ٢٣٤

نبين في

القسم الأول : كيفية تكوينه أو انعقاده، وفي

القسم الثاني : شروط صحته وفي

القسم الثالث : آثاره . وفي

القسم الرابع : انحلاله .

### القسم الأول — انعقاد الزواج بلا سيادة

١٠٥ — سبق أن بينا أن الزواج بلا سيادة زواج عرفي يتم باتفاق الطرفين بدون تدخل أحد من رجال الدين أو المحكام القضائية، فتصر الموسوعات (١٧-٥٠-٣٠) على أن الاتفاق لا المعاشرة هو الذي ينشئ الزواج . ولا يخفى ما في ذلك من شذوذ عن المبادئ الأولية المقررة في القانون الروماني حيث كانت الأعمال القانونية (actes juridiques) رسمية تستلزم لتكونها عدا الاتفاق أو ضاعا شكلية خاصة . لذلك يمكننا أن تصور احتمال قيام بعض الصعوبات بالنسبة للزواج بلا سيادة إذ قد تساءل كيف يمكن التمييز بين الزواج بلا سيادة وبين مجرد المعاشرة الفعلية (concubinat) ما دام أن التراضي وحده كاف لانعقاد الزواج المذكور ؟

في الواقع كان من الصعب الخلط بين الحالتين عملا ، ذلك أن الزواج كانت تحوطه اجراءات وحفلات شتى تميزه عن كل حالات المعاشرة غير الشرعية ، فكانت الزوجة (mater familias) تتمتع فعلا بصفتها المذكورة بناء على الوقائع الآتية :

١٠٦-١- الخطبة : كان يسبق الزواج عادة بالخطبة (١) وكانت تعقد الخطبة في الأصل بين الخاطب ووالد من يريد الزواج بها . وصارت تعقد ابتداء من العصر

---

(١) ( sponsalia ) هذه العبارة مستمدة من ( spondere ) بمعنى يمد أو يعهد فالخطبة هي الوعد بالزواج .

العلمي وكذلك في عصر جوستنيان بين الخاطب ومخطوبته بدون التقيد بصورة معينة، وكان لكل من الطرفين فسخ الخطبة .

#### ١٠٧ - ٢ - انتقال الزوجة الى منزل الزوجية (deductio uxoris in domum mariti)

ذلك أنه عند الزواج كانت تقاد الزوجة الى منزل زوجها في حفلة شعبية، فيقدم اليها الماء والنار، وتحمل عند وصولها الى باب المنزل لادخالها منزل الزوجية، وذلك أثر من آثار المصوالات حيث كان يختطف الزوج زوجته (rapt). وقيادة الزوجة (deductio uxoris) الى منزل الزوجية من الاهمية بمكان، إذ قرر الفقهاء عدم امكان حصول الزواج اذا كانت الزوجة غائبة فيجب لانعقاد الزواج أن تكون الزوجة قد انتقلت بالفعل الى منزل زوجها بخلاف الزوج فلا يشترط حضوره. وقد أدى ذلك ببعض شراح القانون الروماني الى القول بأنه لا يمكن لانعقاد الزواج بلا سيادة مجرد اتفاق الطرفين بل يجب فوق ذلك أن توضع الزوجة تحت تصرف الزوج أي أن تبدأ فعلاً الحياة الزوجية أو على الأقل أن تكون ممكنة بانتقال الزوجة الى منزل الزوجية (٢).

#### ١٠٨ - ٣ - عقد الدوطة: وأخيراً كان يساعد على تمييز الزواج عن غيره

من حالات المعاشرة ما جرى عليه العرف من تحرير عقد خاص بالدوطة التي تخصرها الزوجة (instrumentum dotale).

غير أن عدم وجود أمر من الأمور السابقة (الخطبة - انتقال الزوجة الى منزل الزوجية - عقد الدوطة) لا يفيد حتماً عدم قيام زواج بين الطرفين، وقد أنشأت من أجل ذلك قوانين على الزواج أو عدمه. فيفترض وجود الزواج دائماً اذا كان الطرفان من طبقة واحدة الا اذا قام الدليل على العكس، وهذا حتى عهد الامبراطور (Justin) حيث صار الزواج مفترضاً في جميع الأحوال وعلى من يدعى العكس اقامة الدليل.

(١) جيرار، طبعة ١٩٢٩، ص ١٦٧ - بنفانت (Bonfante) في المرجع السابق، الجزء الاول.

ص ١٨٨ - ١٨٩.

Madeline Ruge Brocard, la deductio in domum mariti, thèse, Paris, 1933.

(٢) راجع



القسم الثاني — الشروط اللازمة لصحة الزواج أو شروطه الموضوعية

١٠٩ — شروط صفة الزواج : هذه الشروط واحدة بالنسبة للوعين من الزواج ويمكن حصرها في ثلاثة : الرضا (consentement) والسن القانونية ( âge requis ) وأهلية الزواج ( conubium )

١٠٦ — الشرط الأول : الرضا - يجب هنا التمييز بين حالتين : —

الحالة الأولى : إذا كان كل من الطرفين تابعا لغيره ( alieni juris ) فكان يمكن في الأصل رضا صاحبي السلطة عليهما . الا أن هذه القاعدة مع مطابقتها للنطق البحث تناولتها تعديلات عدة :

فأولا — إذا كان رب الأسرة جدا للزوج فكان يجب علاوة على رضائه رضا الأب أيضا . بخلاف ما إذا كان جدا للزوجة فلا يلزم رضا أبيها . وذلك لأن الأولاد الذين قد يولدون من الزواج في الحالة الأولى يقعون في العائلة ويخضعون لسلطة والد الزوج عند وفاة الجد ، رب الأسرة الحالي فكون نتيجة الزواج إعطاء وريثة للأب ، ومعقول أن لا يجبر الشخص على قبول وريثة له رغما عنه . بخلاف الحالة الثانية فإن أولاد الزوجة ينسبون الى عائلة زوجها ، فأولادها لا يرثون من أبيها عند وفاته ولذا لم يشترط القانون رضا هذا الأخير .

ثانياً — إذا رفض رب الأسرة الموافقة على الزواج بدون سبب مقبول فللزوجين اللجوء إلى البريتور الذي له ، ان يأذن بالزواج عند التحقق من عدم أحقية رب الأسرة في الرفض . وقد تقرر ذلك بمقتضى قانون جوليا ( loi Julia ) الصادر في سنة ٧٣٦ لروما أى ابتداء من عهد الامبراطور أغسطس ( Auguste ) .

كذلك تقرر الاستثناء عن رضا رب الأسرة إذا تعذر الحصول على هذا الرضا كما إذا كان رب الأسرة غائبا أو أسيرا أو مجنونا .

ثالثا — وأخيرا تقرر وجوب أخذ رضا الزوجين بجانب رضا صاحبي السلطة عليهما فصار رب الأسرة لا يملك تزويج ولده رغما عنه . وقد تقرر هذا أولا بالنسبة لابن الأسرة ( filius ) ثم بالنسبة للبنت أيضا ( filia ) في عهد جوستينان

اخالة الثانية — أما إذا كان كل من الطرفين مستقلاً بحقوقه ( *sui juris* ) فكان يكفي رضا الزوجين مهما كانت سنهما ، فلصبي إذا بلغ ١٤ سنة والفت إذا بلغت ١٢ سنة أن يعقدا زواجا بلا سيادة ( *sine manu* ) بدون أخذ رضا أحدهما من الأقارب .

الا أنه يشترط بالنسبة للزوجة في الزواج مع السيادة ( *cum manu* ) الحصول على موافقة وصيها ( إذ المرأة الرومانية غير كاملة الأهلية بل يعين لها وصي ) . وبعد زوال نظام الوصاية على النساء في العصر البيزنطي وجب الحصول على رضا والدها ( إذا كانت قد خرجت عن سلطته بالتحرير ) ، أو والدتها إذا كان والدها ميتا ، أو الأقرب من أقاربها الطبيعيين ( *cognats* ) عند وفاة الوالدين وهذا مادامت لم تبلغ خمسة وعشرين سنة .

١١١ - الشرط الثاني - السن القانونية : يجب أن يكون الزوجان بالغين ، والمطلوب هو معرفة طريقة اثبات البلوغ . في القديم كان يترك أمر تقدير البلوغ لرب الأسرة وقد زالت هذه الطريقة بالنسبة للبت منذ عهد الجمهورية ، لحدد بلوغها سنا معينة ، ١٢ سنة . وترك الأمر فيما يتعلق بالولد لآتيه فهو الذي يقرر الوقت الذي يلبس فيه الابن لباس الرجال ( *robe virile* ) وقد انتقد أنصار المذهب البروكولياني ( *les proculiens* ) هذا المرفورأوا وجوب تحديد سن البلوغ الابن ، أسوة بالبت ، واقترحوا بلوغ الولد سن ١٤ سنة . ونازعهم في هذا أنصار المذهب السابيني ( *les sabinien* ) باعتبار أن سن البلوغ تختلف باختلاف الأشخاص ، ولذا رأوا ترك الأمر فيه للأب كما كان الحال في القانون القديم . وأخيراً انتصر الرأي الأول لحدد جوستينيان سن البلوغ للابن بأربع عشرة سنة .

١١٢ - الشرط الثالث - أهلية الزواج ( *conubium* ) يشترط أن يكون كل من الزوجين أهلاً لعقد زواج روماني وألا يقوم مانع من موانع الزواج بينهما .

١ . فقد رأينا فيما تقدم كيف أن حق الزواج ( *conubium* ) كان قاصراً على الرومانيين واللاتينيين القدماء وبعض اللاتينيين المستعمرين والاجانب الذين منحوا

هذا الحق من الامبراطور، ثم كيف شمل هذا الحق جميع رعايا الدولة الرومانية الأحرار نتيجة تتمهم جميعا بالجنسية الرومانية . ولم يبق محروما منه سوى الأرقاء والبرابرة وبعض المحكوم عليهم بعقوبات جسيمة مثل النفي أو الأشغال الشاقة .  
٢ . أما بالنسبة لموانع الزواج عند الرومان فأهمها ما يتعلق بالقرابة والمصاهرة واختلاف الطبقات .

١١٣ — ١ . فاقرباء ( parenté ) بنوعها أى المدنية والطبيعية مانعة من الزواج إطلاقا فيما بين الأصول والفروع أى الاقارب فى السلسلة المتعاقبة ، مهما بلغت الدرجة الفاصلة . أما فيما بين الاقارب من السلسلة المتعددة وهم الحواشي ( les collatéraux ) فقد كان الزواج فى القديم محرما بينهم لغاية الدرجة السادسة . ثم تعدلت هذه القاعدة فى العصر الامبراطورى وصار الزواج ممكناً بينهم فى الدرجة الرابعة بشرط ألا يكون أحد الطرفين على درجة واحدة من الأصل المشترك . فيحرم الزواج بين الأخ وأخته وبين الولد وعمته أو خالته وبين البنت وعمها . وقد سمح بزواج المم من ابنة أخيه بطريق الاستثناء من القاعدة المتقدمة لتمكين الامبراطور كلود ( Claude ) من الزواج بابنة أخيه ( Agrippine ) . ويرى أغلب الشراح أن هذا الاستثناء قاصر على هذه الحالة فلا يتعداه الى بنت الأخت . وقد ألقى الامبراطور قسطنطين الاستثناء المتقدم فى عام ٣٤٢ ( C. Th. 3,12,1 )

١١٤ — ٢ . المصاهرة <sup>(١)</sup> — وهى العلاقة الناشئة من الزواج بين كل من الزوجين وأقارب الزوج الآخر . وكانت تمنع من الزواج فى القديم بين الزوج وأصول وفروع الزوج الآخر كالزوج وأم زوجته ( belle-mère ) أو الأب ( beau-père ) وزوجة ابنه ( belle-fille )

وفى عهد الامبراطورية منع أيضا الزواج بأخوة الزوج ( beaux-frères ) أو بأخوات الزوجة ( belles-sœurs )

١١١ - ٣ . اختلفت الطبقات ( la différence de condition sociale ) يحرم القانون القديم الزواج بين الاشراف ( patriciens ) والعامّة ( plébéiens )

وقد ألغى هذا المانع قانون ( Canuleia ) الصادر عام ٤٤٥ قبل الميلاد .  
كذلك كان يحرم قديما الزواج بين الأحرار الاصلاء ( ingénus ) والعقلاء  
( affranchis ) . ثم قصر هذا الحظر في عهد أغسطس على أفراد عائلات السناو .  
فليس لم الزواج بالمعتوقات أو بنساء من الطبقات الوضيعة . وقد ألغى جوستيان  
هذا الحظر ليتمكن من الزواج باحدى الرافصات ( Théodora ) .

١١٦ - ٠٤ . بعض موانع أخرى : هناك موانع أخرى من الزواج تقررت  
تباعا في أزمنة مختلفة من تاريخ الإمبراطورية الرومانية . كالزنا ، فالزانية لا يجوز  
لها الزواج بشريكها في الزنا ، والمغتصب ( ravisseur ) لا يجوز له الزواج بمن اغتصبها .  
وكاختلاف الديانة ، فقد حرم فالتيان الثاني وتيودوز الأول الزواج بين اليهود والمسيحيين .  
وكالجنسية ، ( ١ ) قديما كان يحظر الزواج على الجنود وقد صعب تطبيق الحظر  
المذكور عند ما صار التجنيد دائما وبطريق التطوع . ولذا نجد في أوراق البردى  
ما يشير الى وجود صورة للزواج خاصة برجال العسكرية .

وكذلك حظر الزواج بصفة عامة على رجال الدين الكاثوليكين في الدولة  
الرومانية الغربية ابتداء من القرن الرابع من الميلاد وكذلك في الدولة الشرقية مع  
استثناء رجال الدين المدنيين ( le clergé séculier ) .

### القسم الثالث — في آثار الزواج بلا سيادة

للزواج آثار خاصة بالعلاقات بين الزوجين وأخرى خاصة بعلاقة كل من  
الزوجين وأولادهما .

١١٣ — العواقب بين الزوجين : سبق أن بينا أن العلاقة بين الزوجين  
بالبسيادة بسيطة ومطلقة ، فالزوجة من جهة تنقطع صلتها برب أسرتها وبأصحابه  
وعشيرته وبدياته ، ومن جهة أخرى تدخل في أسرة زوجها باعتبارها بنتا له  
( loco filiae ) اذا كان زوجها رب أسرة أو باعتبارها حفيدة لرب الأسرة  
( loco neptis ) اذا كان هذا الأخير أباً للزوج وتعتبر أختا لأولادها وترث  
معهم من زوجها على هذا الاعتبار .

أما في الزواج بلاسيادة ( sine manu ) فلا ينتج شيء من ذلك، بل تبقى الزوجة في عائلتها الأصلية إذا كانت تابعة لغيرها ( alieni juris ) وتبقى مستقلة بحقوقها بعد الزواج كما كانت قبله إذا كانت غير تابعة لغيرها أى ( sui juris ) وهذا تحت إشراف وصيها، ذلك الإشراف الذي زال تدريجياً في المصراعين. فليس للزوج في هذا النوع من الزواج من سلطة على زوجته ولم يكن في الأصل على أحد الزوجين من واجبات قبل الآخر، بل لم تنشأ الواجبات بينهما فيما بعد إلا تدريجياً وبطريقة تفصيلية .

فأوجب القانون على الزوج حماية زوجته ورفعها الى مستواه الاجتماعي وعلى الزوجة احترام زوجها . انما يلاحظ أن الزوجة إذا كانت من العامة ( plébéienne ) لا تصبح من الأشراف ( patricienne ) بزواجها من أحدهم، كذلك لا تصبح المعتوقة من الأحرار الاصلاح بمجرد زواجها من حر أصيل ( ingénu ) .

ويجب على الزوجة الاخلاص لزوجها . فعقاب اذا زنت ، وقد كان للزوج قديماً الحق في قتلها وهذا من باب الانتقام المشروع ( vengeance licite ) لا من باب الولاية عليها ( juridiction ) . ثم قصر حقه على اقامة دعوى الزنا منذ أواخر الجمهورية وجعل حق العقاب للدولة . وقد نظم الامبراطور ( Auguste ) محاكمة الزوجة الزانية بقانون مشهور عرف بقانون ( julia de adulteriis ) ، ويقضى هذا القانون بعقاب الزانية بالنفي وقصر حق اقامة الدعوى على الزوج ووالد الزوجة وحدهما في بحر الستين يوماً الأولي، وليس للزوج كما في القديم العفو عن زوجته بل يعاقب اذا لم يطلقها بعد عليه بالزنا . واذا لم يطلب أحدهما محاكمة الزوجة في بحر الستين يوماً اللاحقة للطلاق فيمكن رفع الدعوى على الزوجة من أى فرد كان . وقد عدل الامبراطور قسطنطين عقوبة النفي واستبدلها بالاعدام وقصر حق اقامة الدعوى على الزوج وبعض الأقارب . وأخيراً استبدل جوستنيان عقوبة الاعدام بعقوبة السجن المؤبد في الدبر، وللزوج أن يحرم زوجته بعد مضي سنتين بالعفو عنها . أما زنا الزوج فلم يقرره القانون الروماني سوى بعض عقوبات مالية كغفده حقوقه في المودة وفي الهبات الصادرة إليه بسبب الزواج .

هذا وقد خضعت الزوجة لالتزام جديد ، هو واجب الإقامة مع زوجها، قديماً كان للزوجة أن تعود لآبائها دون أن يكون للزوج من وسيلة لارجاعها اليه ، لذلك

منع البريتور الزوج أمراً لاعادة الزوجة الى منزل الزوجية .

١١٨ — آثار الزواج بالنسبة لمودود : يخضع الولد من الزواج الشرعى لسلطة أبيه اذا كان هذا الأخير مستقلاً بحقوقه أو لسلطة رب الأسرة . ويعتبر قريباً لأقارب أبيه وعضواً من عشيرته . انما يجب لاتاج هذا الأثر أن يكون الابن من عمل الزوج وللتثبت من ذلك كان عند الرومان قرينتان سبق الكلام عليهما . (١)

أما فيما يتعلق بملقة الولد بأمه فى الزواج بلاسيادة فهذه العلاقة كانت معدومة فى القانون القديم ، اذ ينتمى كل منهما لعائلة مختلفة عن عائلة الآخر . فالزوجة ، كما يننا ، تبقى فى عائلتها الأصلية والولد ينسب لعائلة أبيه . وعلى ذلك فليس بينهما نظرياً حقوق أو واجبات فلا يرث الولد من أمه كما أن هذه الأخيرة لا تملك الايضاء . لولدها اذ المرأة كانت محرومة فى القديم من حق الايضاء ، ولم يغير من هذه الحال التصريح لها فيما بعد بالايضاء ، اذ كانت الوصية معلقة على اجازة الوصى ومن غير المعقول أن يحجز الوصى الوصية وهو الوارث المنتظر لها .

ولكن هنا أيضاً تغيرت الأحكام السابقة تدريجياً عند ما اعترف القانون بقرابة الدم (cognatio) فقرر حق الارث بين الام وولدها بمعركة البريتور ، ثم بناء على قرارات صدرت من مجلس الشيوخ فى القرن الثانى بعد الميلاد منح بمقتضاها كل منهما حق الارث من الآخر بطريق التفضيل على بقية الورثة من الأقارب الطبيعيين (cognats) وهكذا كانت رابطة الدم وحدها أساساً لتقرير حقوق شتى للأئم قبل أولادها فى عصر الامبراطورية ، فلها ، عدا حق الارث ، حق النفقة وحق حضانة أولادها المحاضنين لوصاية الغير وأخيراً منحت حق الوصاية على أولادها .

وقد تقررت على الأم من ناحية أخرى واجبات قبل أولادها بشروط خاصة فلا ين عليها حق النفقة وحق منحه مهرأ .

## القسم الرابع — في انحلال الزواج بلا سيادة أو اقتضائه

١١٩ — مبادئ عامة : قد تنحل رابطة الزوجية اجبارياً وقد تنحل اختيارياً :

١ — فينقضى الزواج فيدوما اجبارياً ب وفاة أحد الزوجين أو بفقدته الحرية أو الرعية الرومانية إذ الزواج (*justæ nuptiæ*) تابع للقانون المدني (*ius civile*) فلا يمكن قيامه الا بين شخصين حرين رومانيين .

٢ — وينقضى اختيارياً بالطلاق . فينحل الزواج كما ينأ عند الكلام على الزواج بالسيادة باجراءات مقابلة للاجراءات التي تم بها ، فأنشاء الاتفاق أو التراضي يمتن هذه باتفاق عكسى له . ففي حالة الزواج بلا سيادة ينحل بانقطاع العشرة بارادة الطرفين أو بارادة أحد الزوجين أو أى شخص من يجب الحصول على رضام لصحة الزواج . إذ يجب لبقاء الزواج استمرار العناصر التي كوته . غير أن حق الوالد في اكراه ابنته على الطلاق قد ألغى منذ عهد بعيد ويق حق كل من الزوجين في الطلاق بارادته وحدها (*repudium*) حتى بعد ظهور الديانة المسيحية .

١٢٠ — تاريخ الطهوف في روما : لم يكن الطلاق في روما خاضعاً لاشراف النولة كما أنه لم تقر له قيوداً (١) . ولقد كثرت أحوال الطلاق في العصر الأخير من الجمهورية والقرون الأولى من الامبراطورية حتى ان بعض النساء ، على ما قاله بعض الأدباء ، كن يعددن أعمارهن بعدد مرات طلاقهن ، ولقد ترتب على كثرة الطلاق قلة النسل ، وبالرغم من هذا فقد بقى حق الطلاق مطلقاً من كل قيد حتى ظهور الديانة المسيحية فحدد الامبراطور قسطنطين ، وهو أول الاباطرة المسيحيين ، الأحوال التي يجوز فيها الطلاق . وأكثر هذه الأحوال في صالح الزوج وبعضها في صالح الزوجة ، فلزوج أن يطلق زوجته في حالة ارتكابها جريمة زنا أو تسميم ، وللرأة تطبيق زوجها في حالة ارتكابه جريمة قتل أو تسميم أو انتهاك حرمة القبور

(١) راجع في هذا المنى Levy. Ehescheidung pp. 16-52 وعكس ذلك Corbett, Roman law of marriage

و يرى هذا العريق أن الطلاق كان خاضعاً pp 218 et suiv. Law quarterly Review, 1929, pp 178 et suiv.

عند اغطس بعض قيود شكلية كاشتراط حصوله بحضور سبع شهود من الوطنيين البالغين لنفى الشك وتلاني المازعة بشأنق الاستقبال.

( violation de sépulture ) . . ويعاقب من يوقع الطلاق في غير الأحوال المذكورة .

١٢١ — الطلاق في عمر هيرستيان : يمكن حصر صور الطلاق في عصر جستنيان في أربعة :

( أولاً ) الطلاق باتفاق الطرفين ( *divortium communi consensu* ) وقد نص عليه في الموسوعات ( *Digeste* ) ثم ألغاه جستنيان بقانون جديد ( *novelle* ) إلا أن هذا التعديل كان سابقاً لأوانه . ولذا أعاده خلفه الامبراطور ( *Justin II* ) فأجاز من جديد للزوجين الاتفاق على الطلاق . وقد كانت هذه الصورة من الطلاق حرة من كل قيد .

( ثانياً ) ( *divortium bona gratia* ) وهو الطلاق من أحد الطرفين لأسباب مشروعة خارجة عن إرادة الطرف الآخر . فهو طلاق يقع بإرادة أحد الطرفين لأسباب تبرره كعجز الزوج ( *impuissance du mari* ) الكامل عن القيام بواجبات الزوجية ، أو عقم الزوجة ( *stérilité de la femme* ) ويلاحظ أن هذه أسباب مشروعة تجوز الطلاق ولكن لا دخل لإرادة الزوج المطلق فيها .

( ثالثاً ) الطلاق لسبب مشروع ( *repudium ex justa causa* ) وهو طلاق من طرف واحد أيضاً ولكنه يقع كعقوبة على أحد الزوجين لارتكابه خطأ قبل الآخر ، وقد حدد جستنيان الأسباب التي يجوز فيها هذا الطلاق فكان للزوج تطليق زوجته لأسباب كثيرة كما إذا ذهبت بدون إذنه إلى الحمام العمومي أو إذا تناولت طعاماً في محل عمومي أو إذا ذهبت إلى الملعب ( *cirque* ) برفقة شخص أجنبي أو إذا زنت الخ .

وكان للزوجة تطليق زوجها إذا اشتركت في مؤامرة ضد سلامة الدولة أو إذا عاشر امرأة أجنبية في منزل الزوجية ( *foyer conjugal* ) أو في البلد الذي تقيم فيه الزوجة الخ

( رابعاً ) الطلاق بدون سبب شرعي : ( *repudium sine justa causa* ) لكل من الطرفين تطليق زوجته في كل الأحوال . أما إذا وقع منه الطلاق لغير الأسباب



التي نص عليها القانون فانه يعاقب على ذلك بعقوبات مالية وأخرى بدنية ولو أن الطلاق يعتبر صحيحاً قانوناً .

١٢٢ - عقوبات الطمور : قانون جوستينيان يقرر عقوبات خاصة توقع على :-

١ - الزوج الذى يقع عليه طلاق لسبب شرعى .

٢ - الزوج الذى طلق زوجته بدون وجه حق أى بدون سبب شرعى .

وهذه العقوبات نوعان :

١ . عقوبات مالية : يفقد الزوج فى الحالتين حقوقه فى الدوطة وفى الهبات الصادرة الى الزوجين بسبب الزواج (donatio propter nuptias) ويحكم عليه أيضاً فى الحالة الثانية بغرامة قد تبلغ ربع أمواله .

٢ . وعقوبات بدنية : وهى تختلف باختلاف الأحوال ويكفى أن نذكر منها عقوبة الزانية وهى السجن المؤبد بالدير ، الأمر الذى يترتب عليه حرمانها من الزواج مرة أخرى .

١٢٣ - الزواج المبرر ( les secondes noces ) : يترتب على انقضاء الزوجية آثار عدة أهمها استطاعة عقد زواج جديد . وقد جذ الامبراطور أغسطس الزواج الجديد ولم يقده الا فيما يتعلق بالأرملة ( veuve ) . فحرم عليها الزواج من جديد قبل مضى عشرة أشهر وتسمى هذه المدة ( tempus lugendi ) أى مدة البكاء ( le temps de pleurer ) . ولا تجب هذه العدة على المطلقة ( divorcée ) فلها أن تعقد زواجا جديداً عقب الطلاق مباشرة ، الأمر الذى قد يؤدى الى اختلاط الانساب . وبقي الحال كذلك حتى ظهور الديانة المسيحية فحرم الزواج على الأرملة والمطلقة معا قبل مضى اثني عشر شهراً وهى مدة أطول من المدة اللازمة لمنع اختلاط الانساب اذ أقصى مدة للحمل — كما سبق ذكر ذلك — هى عشرة أشهر ، ويرجع السبب فى ذلك الى تغير الافكار والاخلاق بظهور الديانة المسيحية التى لا تنتظر بعين الرعاية الى الزواج الجديد . وقد كان من أثر هذا التغير أن أقر الامبراطور جوستيان صحة ايصال الزوج بعدم زواج امرأته التى أوصى لها بماله بعد وفاته ، وقد كان مثل هذا الشرط باطلاً قبل هذا العهد .

١٢٤ — حماية حقوق الأولاد من الزواج الأول (la protection des

enfants du premier lit) قرر القانون أحكاماً عدة للمحافظة على حقوق الأولاد من الزواج الأول اذ قد تحمل الزوجة الجديدة الزوج على محابة أولاده منها اضراً بأولاده من الزواج الأول. فمن هذا ماقرر من ألا يكون للزوج على الأموال التي آلت إليه من زواجه الأول سوى حق الانتفاع وأن تكون ملكية الرقة لأولاد الزواج الأول. كذلك حرم عليه أن يهب أو أن يوصى من أمواله الخاصة الى زوجه الجديد قدراً يزيد عن أقل نصيب منه لكل من أولاد الزواج الأول.

# الباب الرابع

## في الوصاية والقوامة<sup>(١)</sup>

قد تتوفر لدى الشخص أهلية الوجوب بمعنى أن تكون له محبة تملك الحقوق والالتزام بالواجبات ولكنه يكون غير أهل فعلا لمباشرة حقوقه وأداء واجباته . لأن الأهلية الفعلية ( *capacité de fait* ) تستلزم لدى الشخص ارادة قادرة على تفهم نتائج أعماله وتصرفاته . فلا توجد الأهلية الفعلية أصلا عند من لا إرادة له ولا توجد كاملة عند صاحب الارادة الناقصة . والأهلية الفعلية ( *capacité de fait* ) أو ( *capacité d'exercice* ) هي التي يعبر عنها الشرعيون بأهلية الأداء .

وسندرس فيما يلي أحوال انعدام الأهلية الفعلية أو نقصها وطرق علاجها أي أنواع الوصاية والقوامة المقررة على عديمي الأهلية أو ناقصيها .

### مبادئ عامة

١٢٥ - أسباب انصرام الأهلية في القانون القديم : ينص قانون الأحوال الاثني عشر على أسباب ثلاثة :

- ١ . حداثة السن وهي حالة الصغير ( *infans* ) والصبي غير البالغ ( *pupilli* )
- ٢ . الأنوثة ، فالمرأة بسبب جنسها ( *sexe* ) لا أهلية لها
- ٣ . اختلال القوى العقلية وهي حالة المجنون ( *furiosus* ) والسفيه ( *prodigus* ) ويظهر أن هؤلاء جميعا كانوا قديما من حيث الأهلية سواء .

(١) درست نظرية الوصاية والقوامة دراسة مستفيضة في مؤلفات الشراح الطليان . وقد أشار الى أهمها

١٢٦ — عريمو اوهلية الفعلية في العصر العلمي — وقد ميز فقهاء العصر العلمي بين عدي، الاهلية المذكورين من حيث درجة أهليتهم فمنهم من يحرم من الاهلية الفعلية بصفة كاملة ومنهم من يحرم منها بصفة جزئية .

١٢٧ — عريمو اوهلية هم :

١ — الطفل ( infans ) وهو الصغير الذي لا يحسن أداء العبارة ، وقد أعتبر كذلك كل من كان دون السابعة ، في عهد الامبراطورية السفلى .

٢ — المجنون في نوبات جنونه ( crises ) قطع فهو كامل الاهلية في فترات إفاقةه ( intervalles lucides ) .

وسبب انعدام أهلية الطفل والمجنون كما يقول ( Gaius ) في النظم ( ١٠٦ ، ٣ — ١٠٩ ) هو انعدام التمييز لديهما ، فهما محرومان من مباشرة أى عمل قانونى أيا كان أثره ، أى سواء نشأ عنه حق أو ترتب عليه واجب وسواء أحدث في أموالهم نقصاً أو زيادة .

١٢٨ — ناقصر اوهلية هم :

١ — المرأة وهذا حتى العصر البيزنطى ( لتحرر المرأة بزوال الوصاية عليها )  
٢ — السفیه والصبي الذى جاوز دور الطفولة ولم يزل دون البلوغ . وحكم السفیه والصبي كما يتبين من تعريف جايوس وجستيان لهما هو أن ه فى استطاعتهما تحسين حالتها ولكنهما محرومان من مباشرة التصرفات المنقصة لذمتها ، ( ١ ) فلهما قبول هبة أو اكتساب حتى أو دين على الغير أو قبول تنازل من الدائن . ولكن ليس لهما القيام بتصرف يلزمهما بواجب أو ينقص من مالهما والا كان التصرف باطلا بالنسبة لهما . وقد ألحق فى عهد الامبراطورية السفلى بالسفیه والصبي فى الحكم المتقدم ، القاصر عن ٢٥ سنة وهو من بلغ بلوغاً طبيعياً ولما يكتمل الخامسة والعشرين .

١٢٩ - وجوب التمييز بين الأفعال المفقرة والأفعال المكسبة : فيعتبر من الأفعال المفقرة التصرف فى مال ، التنازل عن حق عيى أو شخصى ، التعهد

(١) يلاحظ أن التمييز بين الأفعال المفقرة والمكسبة قد أخذ به القانون الدنى الالمانى بنبة ١٠١

بالتزلم أو بدين ، تحرير تكليف عيني على عقار ، وبالاختصار كل الأفعال التي تتضمن تصرفاً (aliénation) أو التزاماً (obligation)

ويعتبر من الأفعال التي تحسن من حالة الشخص الافعال التي يترتب عليها اكتسابه مالا أو حقاً عينياً ، صيرورته دائماً ، تحرير عقاره من حق عيني أو إبراء ذمته من دين وبالاختصار كل الأفعال التي تتضمن اكتساب حق أو تخلف من تكليف أو واجب . فلناقصي الاهلية من المذكورين مباشرة الاعمال المكسبة دون الأفعال المحفزة . إنما يجب أن نلاحظ بأن هذا التقسيم تقسيم قانوني بحث بمعنى أنه لا يؤخذ فيه بنتيجة العمل أو التصرف . قد يكون تصرف ناقص الاهلية في ماله مفيداً له كبيع عقار آيل إلى السقوط في زمن ارتفاع ثمن العقارات . فكل هذا التصرف مفيد لناقص الاهلية من الوجهة الاقتصادية ، ومع ذلك فإن القانون يحرم عليه مباشرته بمفرده إذ هو عمل من أعمال التصرف (acte d'aliénation) ومن شأنه نظرياً أن يخرج مالا من ذمته .

فأساس التفرقة بين النوعين من الأعمال القانونية نظري محض يرجع فيه إلى طبيعة العمل في ذاته لا إلى النتيجة الاقتصادية المترتبة عليه.

١٣٠ — الأعمال المزرومة أو التبادلية (actes complexes et synallagmatiques) هذه التفرقة السابقة من السهل تطبيقها بالنسبة للأفعال البسيطة التي من طرف واحد ، فتعتبر الأعمال التي من قبيل التصرف (acte d'aliénation) باطلة إذا باشرها الصبي بمفرده ، بعكس الأعمال المكسبة (acte d'acquisition) التي قد يباشرها فإنها تعتبر صحيحة . إلا أن هناك من الأعمال الفردية ما هو مزدوج الاثر فهي تحسن من حالة الشخص من ناحية ، وتقص من ماله من ناحية أخرى مثال ذلك قبض الدين فيغير البالغ إذا قبض ديناً له فإنه يعمل عملاً مكسباً من شأنه تحسين حاله ، ولكن يترتب على قبض الدين من جهة أخرى انقضاؤه وفي هذا انقاص للماله .

ومثل التصرفات الفردية المقدمة في ذلك العقود التبادلية (actes synallagmatiques) كالبيع مثلاً فكل من البائع والمشتري يصير دائماً ومديناً في وقت واحد ، فالمشتري مثلاً مدين يدفع الثمن ودائن بالنسبة لتسليم المبيع .

فما حكم مثل هذه التصرفات المزدوجة الاثر إذا باشرها ناقص الاهلية وحده بدون تدخل وصيه ؟

المبدأ المقرر هو أن التصرف ينفذ في شطر واحد منه وهو الشطر الذي يحسن من حالة عديم الاهلية ويبطل في الشطر الثاني . فاذا اشترى غير البالغ عقار مثلا . كان دائما فيما يتعلق بتسليم المبيع ولكنه لا يلزم بدفع الثمن .

إلا أن هذا المبدأ مع انطباقه على المنطق البحث مخالف لأبسط مبادئ العدالة، لذلك عدل تحت تأثير الفقه من جهة وتدخل البريتور من جهة أخرى بتطبيق نظرية عدم جواز الأثر على حساب الغير (théorie de l'enrichissement sans cause) وبطريق استعمال دفع العثر (exception de dol)

فلا إذا قبض الصبي الدين ثم طالب مدينه بالوفاء من جديد مع وجود مبلغ الدين لديه أمكن للدين دفع دعواه بدفع العثر إذ في قبضه للدين مرتين إثراء بلا سبب . إلا أن هذه الاهلية الناقصة التي أقرت لبعض عديمي الاهلية فيما يتعلق بالتصرفات التي تحسن من حالهم بقيت نظرية محضة . ذلك أن الغير لا يقبل عملا التعاقد مع عديم الاهلية منفرداً بدون انضمام وصيه إليه في العقد، خشية إلغاء التصرف فيما بعد .

١٣١ - طرق عموج حالات انعدام الاهلية الفعلية - لا محل لهذا البحث فيما إذا كان عديم الاهلية بسبب صغر السن أو الانوثة أو اختلال القوى العقلية تابعاً لغيره (alieni juris) . إذ هو خاضع في هذه الحالة لسلطة رب الأسرة وليس له مال (patrimoine) ولكن يتغير الحال فيما لو أصبح مستقلاً بحقوقه (sui juris) بموت صاحب السلطة الأبوية أو السيادة الزوجية أو بالعق . فهنا يحق التساؤل فيمن يقوم بإدارة أمواله ؟

وضع القانون الروماني لعديمي الاهلية وناقضها نظاماً خاصاً يقصد به إيجاد الاهلية للفريق الأول وتكميلها للفريق الثاني . وهذا النظام يسمى بالوصاية بالنسبة لغير البالغ وللرأة وبالقوامة بالنسبة للمجنون والسفيه . وبسط نطاق هذه القوامة ، في العصر الامبراطوري على القاصر الذي لم يبلغ من العمر ٢٥ سنة (١) .

(١) راجع P. Arschier, Potestas et Cura dans l'état personnel des citoyens romains, 1927.

Havélin, Cours, 1, 1927, pp 213 et suiv.

وقد نص على نظامي الوصاية والقوامة في قانون الاثنى عشر لوحا وقد استمررا في تطور مواز لتطور نظامي السلطة الأبوية والزوجية فكانا في الاصل مظهرًا ، من مظاهر السلطة ( potestas ) على شخص عديم الأهلية وأمواله لا بقصد حمايته وإنما بقصد المحافظة على الأموال داخل العائلة . وقد انتهى بهما التطور في عهد جوستينيان الى اعتبارهما تكليفاً أو عبئاً عاماً ( charge ) أو ( munus publicum ) يقوم به الوصى أو القيم تحت اشراف السلطة العامة لصالح عديمي الأهلية لا لصالحه الشخصي .

١٣٢ — القبح ( la lésion ) : هذا وقد غالى البريتور في حماية القاصر الذي لم يبلغ ٢٥ سنة فصار لا يحكم فقط بطلان التصرفات التي يأتياها القاصر وحده والتي لا يجوز له مباشرتها . بل سمح له بعد بلوغه طلب فسخ التصرفات التي أتاها القيم في حدود سلطته أو التي باشرها القاصر باذن القيم اذا لحقه غبن منها . وقد أطلق الشراح الحكم المذكور على الصبي أيضاً .

# الفصل الاول

## في الوصاية على غير البالغ <sup>(١)</sup> ( La tutelle des impubères )

١٣٣ — الفكرة الاولى في الوصاية : الوصاية في القوانين العصرية نظام موضوع لحماية عديم الاهلية ويطبق تحت اشراف الدولة والعائلة. وهذا بخلاف الحال في القانون الروماني القديم، فقد كانت الوصاية بمقتضى العرف والقانون للأعصاب من الذكور وهم الورثة الاحتماليون لعديم الاهلية (héritiers présomptifs) فهي نظام من نظم القانون الخاص لا تدخل فيه الدولة، وهي سلطة (potestas). بيد الوصى بقصد بها المحافظة على الأموال العائلية لمصلحة الأعصاب والعشيرة.

ونجد أثر هذه الفكرة في العصر العلى. حيث كانوا يعرفون الوصاية بأنها قوة أو سلطة (vis ac potestas) وحيث كان يعتبر الوصى في حكم المالك (loco domini) بالنسبة لأموال الصبي، فإذا سرق شيء من مال الأخير رفع الوصى دعوى السرقة (actio furti) كما لو كان هو المالك. ( Dig, 26, 7, 27 )

١٣٤ — تعريب الفكرة المذكورة : وقد تغيرت هذه الفكرة تدريجياً. فظهر بجانب وصاية الأعصاب والعشيرة نوعان آخران من الوصاية، وهما الوصاية المختارة (la tutelle testamentaire) وهي المقررة من رب الأسرة في وصيته، وقد ظهرت منذ عهد الألواح الاثني عشر، والوصاية القضائية (tutelle déferée par le magistrat) وقد أنشأها البريتور في القرن السادس لروما للمحافظة على أموال القاصر الذى ليس له وصى. فظهرت بذلك فكرة اعتبار الوصاية عبئاً أو تكليفاً (munus, officium) لحماية مصلحة القاصر أكثر منها سلطة لمصلحة الوصى وهو الوارث الاحتمالى.

(١) راجع ( Bonfante, Corso, 1, 1925, pp 402-472 )



١٣٥ - تعريف مونتيايه للوصاية : وتظهر هاتان الفكرتان معاً في تعريف جوستيان للوصاية الوارد في النظم ( Institutes 1-13-1 ) « الوصاية كما عرفها ( Servius ) هي قوة وسلطة ( vis ac potestas ) على شخص حر لحماية من هو غير قادر على الدفاع عن مصالحه بسبب صغر سنه ، (١) فكرة القوة أو السلطة تشير الى الحالة في القانون القديم وفكرة الحماية هي الفكرة الجديدة التي أدخلت تدريجياً وكان من أثر ظهورها تغيير أحكام الوصاية جميعاً ، سواء فيما يتعلق بتعيين الأوصياء أو في تحديد وظائفهم أو في تحديد سلطاتهم أو في تقرير مسئوليتهم .

## المبحث الأول - في تعيين الأوصياء

قد يكون تعيين الوصي بنصر القانون أو باختيار رب الأسرة ( paterfamilias ) أو باختيار القاضي ( magistrat ) فالوصاية ثلاثة أنواع: الوصاية الشرعية، والوصاية المختارة ، والوصاية القضائية .

١٣٦ - النوع الاول: الوصاية القانونية أو الشرعية ( tutela legitima ) وهي بلا شك أقدم أنواع الوصاية ، اذ هي مقررّة بمقتضى قانون الاثنى عشر لوجا الذي أقر ماجرى عليه العرف من قبله . وكانت لأعضاء القرابة المدنية ، أي للأصحاب ( agnats ) ، للأقرببالأقرب منهم تعاليتهم في الاوث ، ثم للعشيرة ( gens ) عند عدمهم ويعتبر من قبيل الوصاية الشرعية وصاية الملق ( patron ) وفروعه على المعتوق ( affranchi ) اذا كان صغيراً أو قاصراً .

ولقد طرأ على الوصاية الشرعية تعديلات شتى في عصر الامبراطورية . فزال حق العشيرة في الوصاية بزوال نظام العشيرة ذاته . وصارت الوصاية الشرعية

---

(١) راجع يونفانت، المرجع المتقدم ، ص ٥٠ : — هيفلان، طبعة ١٩٣٧ ، الجزء الاول، ص ٣٤٥ . وقارن الأستاذ ارنجيو روبر الذي يرى أن عبارة ( ad lucendum ) الواردة في التعريف المتقدم والتي تخيد فكرة الحماية أدخلت على التعريف من طريق الالتحالي ولم تكن من وضع ( Servius ) الذي نسب اليه التعريف

بعد أن أحلت القرابة الطبيعية ( cognatio ) محل القرابة المدنية ( agnatio ) ،  
للأقارب الطبيعيين بحسب ترتيبهم في الارث سواء كانوا من الأعصاب أو من جهة الأم .

١٣٧ - النوع الثاني : الوصاية المختارة ( tutela testamenti data )  
وكذلك لرب الأسرة ( pater ) أن يختار في وصيته وصياً على ابنه غير البالغ ، ويقال  
للوصاية في هذه الحالة ( tutela testamenti data ) . وهي وسيلة يدرب  
الأسرة لابعاد الأعصاب ( agnats ) وأعضاء العشيرة ( gentiles ) من الوصاية ،  
بمنح الولاية على أبنائه لمن يتق في ذمته وأمانته ، دون التقيد بأفراد عائلته المدنية .  
ولذلك كان الوصي المختار هذا مفضلاً على الوصي الشرعي ، فلا تكون الوصاية لهذا  
الآخر إلا عند عدم وجود وصي مختار .

وكان القانون القديم لا يستلزم في الوصي الشرعي أو المختار إلا شروط الحرية  
والوطنية والذكورة . ثم تعدلت هذه القواعد بتغير طبيعة الوصاية وصيرورتها  
نظاماً مقرر لحماية مصالح الموصى عليه دون الوصي ، فاستلزم القانون الحديث أن  
يكون الوصي غير عاجز عن حسن الادارة فلا تكون الوصاية للأبكم أو الأصم  
أو للقاصر عن ٢٥ سنة ولا للأشخاص الذين تمنعهم أعمال وظيفتهم عن التوفر  
لادارة أموال الموصى عليه كالجندي والقسيس .

١٣٨ - النوع الثالث الوصاية القضائية ( tutelle déferée par le magistrat ) :  
هذه الوصاية هي أحدث الأنواع عهداً ، إذ ظلت الدولة أمداً طويلاً بعيدة عن التدخل  
في تعيين الأوصياء . ذلك لأن الوصاية كانت تعتبر سلطة ( potestas ) ، سواء لمن  
اختاره رب الأسرة في وصيته ليحل محله بعد وفاته أو لأعضاء العائلة المدنية  
( famille civile ) . غير أن هناك أحوالاً لا يكون للقاصر فيها وصي مختار أو  
شرعي ، كما هي حال المولود من غير زواج شرعي أو من ليس له أقارب من الرجال . وقد ظل  
هؤلاء بغير أوصياء في القانون القديم . لذلك تدخل المشرع لضمان مصالح غير البالغ في  
الاحوال المذكورة بتكليف القاضي بتعيين من يتولى عنه إدارة أمواله . وقد  
كان يقوم بتعيين الأوصياء في روما البريتور المدني ( praetor urbanus ) . والحاكم  
( gouverneur ) في الاقاليم ( provinces ) ثم في عهد الامبراطور  
( Claude ) ( ٤١ — ٥٤ م ) صار يعين الوصي في روما بواسطة القناصل

( consuls )، وفي عهد الامبراطور ( Marc-Aurèle ) ( ١٦١ - ١٨٠ م ) بمعرفة  
بريتور أنشي-خصيصا لذلك وكان يسمى ( praetor tutelaris ) .

وفي عهد جوستيان صار تعيين الوصي في العاصمة من اختصاص البريتور  
ومحافظ المدينة ، وفي الاقاليم من اختصاص حاكم الاقليم اذا زادت أموال غير  
البالغ عن ٥٥٠ صولد ذهباً ، ومن اختصاص المحاكم المحليين اذا لم تزيد أمواله عن  
القيمة المذكورة .

### المبحث الثاني - في وظائف الوصي ( Les fonctions du tuteur )

١٣٩ - من المحتمل جداً ، أنه كان للوصي قديماً ، وقد حل محل رب الأسرة  
المتوفي ، الولاية على شخص القاصر وأمواله ، فكانت له حضانة الطفل والانتفاع  
والتصرف في أمواله . أو بعبارة أخرى كان الوصي السيد المتصرف في شخص القاصر  
وأمواله . فله سلطة ( potestas ) أو ( auctoritas ) تشبه سلطة رب الأسرة  
تماماً . ولكن لم يلبث أن ميز القانون بين حضانة الولد وإدارة أمواله فأُسند أمر  
حضناته وأمر تربيته الى أقاربه وبالأخص للام إذ هي أقدر من غيرها على القيام  
بهذا العبء . وربما روعي في ذلك أن ليس من الحكمة ترك حضانة الولد ، والمحافظة  
على شخصه لمن يرثه من بعده . وبذلك قصرت وظيفة الوصي على إدارة الاموال .

١٤٠ - إدارة الوصي لأموال القاصر : تختلف طريقة إدارة الوصي لأموال غير البالغ  
باختلاف حال هذا الأخير ، إذ أن أهليته معدومة تماماً في مدة الطفولة ( infantia )  
أي حتى بلوغه سبع سنين ، فليس له أن يشترك في أي عمل سواء كان مكسباً لحق أو  
منشأً لواجب ، ولذلك كان الوصي هو الذي يقوم وحده بجميع تصرفاته وهذا ما يسمى  
( negotiorum gestio ) أي الإدارة أو مباشرة الأمر بنفسه عن الطفل . وأما  
إذا جاوز دور الطفولة ، فله أن يقوم وحده — كما سبق بيان ذلك — بالتصرفات التي تزيد  
في أمواله لالتي تنقص منها . فان قام بتصرف مترددين ، النفع والضرر صرح بالتصرف  
فيما ينفعه وبطل فيما يضره . فوظيفة الوصي أن يتدخل في هذه الأعمال اما بالطريقة  
السابقة أي القيام بها وحده بالنيابة عن القاصر واما بالاشتراك مع القاصر  
ليكمل أهليته بالمصادقة أو الاذن له بمباشرة العقد ( interpositio auctoritatis ) .

## ١- طريقة الإدارة (La negotiorum gestio)

١٤١ - الوصى لا يمنح القاصر في إدارة أمواله : يقصد بعبارة (negotiorum gestio) قيام الوصى بمباشرة تصرفات غير البالغ وإدارة أمواله وهي الطريقة الوحيدة الممكنة بالنسبة للطفل (infans) . انما يجب أن نلاحظ أن الوصى في إدارته لأموال الصبي أو مباشرته التصرفات عنه لا يمثل هذا الأخير . فإذا أراد الوصى مثلاً أن يشتري للصبي عقاراً ما ، وبمال هذا الأخير فإن الوصى هو الذى يظهر فى العقد ، سواء تم نقل الملكية بطريق الاشهاد أو الدعوى الصورية ، وهو الذى يصير المالك للعقار المذكور . وكذلك الحال فيما يتعلق بالدعوى . فللوصى منذ القانون القديم رفع الدعوى عن القاصر ، انما يصدر الحكم فى مواجهة الوصى وهو الذى يذكر اسمه وحده فى الحكم . فيبين فى صدر صيغة الدعوى ( intentio ) وهو الجزء المخصص لبيان وقائع الدعوى ، اسم من يتولى الوصى عنه رفع الدعوى ، أما فى الحكم ( condemnatio ) ، وهو الجزء الخاص بما يحكم به . فيذكر فيه اسم الوصى وحده . فثلاً فى الصيغة الخاصة بدعوى الوديعة يقول البريتور للحكم : « اذ اثبت لك بأن الشئ المملوك للصبي ( pupille ) ، كان وديعة لدى المدعى عليه . فاحكم عليه قبل الوصى » .

فهذه الطريقة تصرف الوصى كما لو كان يعمل لحسابه الخاص ، انما يجب عليه عند انتهاء الوصاية تقديم حساب عن كل تصرفاته السابقة ، فعليه عند انتهاء الوصاية أن ينقل الى القاصر ، وقد صار أهلاً ، ما اكتسبه من الاموال أو الحقوق بالطرق النافذة المقررة فى القانون وينقل اليه كذلك الديون التى عقدها لمصلحته .

١٤٢ - ميرب الطريقة المذكورة : لهذه الطريقة عيوب شتى أهمها :  
أولاً - أنها غير ممكنة الا فى التصرفات التى يمكن للوصى القيام بها لحسابه الخاص دون التصرفات للشخصية البحتة التى لا يمكن للقاصر القيام بها  
مثال ذلك : اذا آلت تركه ما الى الطفل ( infans ) فلا يمكن للوصى ان يقبلها ، اذ هو ليس بوارثه ، كما أن قبول التركة لا يمكن صدور من الطفل لانعدام أهلية وهكذا تبقى التركة معققة .

ثانياً — لانتخلو ادارة الوصى لاموال القاصر بطريقة مباشرة (Negotiorum gestio من العيوب حتى بالنسبة للتصرفات التي يمكن للوصى القيام بها : فهي من جهة تؤدي الى تعقيد الاجراءات باستلزام نقل الاموال والحقوق والديون الى القاصر عند انتهاء الوصاية ، ومن جهة أخرى تحمل كلا من الطرفين، الوصى والقاصر ، خطر اعمار الطرف الآخر فاذا اكتسب الوصى مالا لمصلحة القاصر فهو المالك له وللقاصر قبله حق شخصي وقد يضيع عليه هذا الحق اذا أصبح الوصى معسراً عند انتهاء الوصاية، وعلى النقيض من ذلك قد يجد الوصى أموال القاصر غير كافية لسداد الديون التي عقدها أثناء الوصاية والتي شغلت ذمته وذلك عند عمل الحساب في نهاية الوصاية .

١٤٣ — معالجة بعض هذه العيوب : وقد أمكن ملافاة هذه العيوب بوسائل كثيرة :

١— فقد كان للوصى أن يدخل في العقد عبداً للقاصر يستعير شخصية سيده ويكتسب الحقوق له ، ففي هذه الحالة — كما سبق يان ذلك عند الكلام على الرق — يتنح العمل القانوني آثاره مباشرة في شخص السيد أى القاصر، إلا أن استعمال هذه الطريقة لا يكون إلا في التصرفات التي يمكن للعبد مباشرتها أى التي تحسن من حالة سيده بأن تجعله مالكا أو دائناً .

٢ — سمح البريتور للوصى أن يقبل التركة عن الطفل ( infans ) ويكتسب الطفل بهذا القبول التركة طبقاً للقانون البريتورى أى باعتباره وارثاً بريتورياً ( bonorum possessor ) .

وأخيراً سمح الامبراطور تيودوز في سنة ٤٢٦ م للوصى قبول التركة طبقاً للقانون المدني ( jure civile ) .

٣ — قرر القضاة في العصر العلي بأن الوصى الفني يدير أموال القاصر قد يكتسبه الملكية مباشرة إذا حصل نقل الملكية باحدى الطرق المبنية على وضع اليد ( possessio ) كالتسليم ( traditio ) وذلك يرجع إلى أن وضع اليد قد يكون نيابة عن الغير . كما سئرى ذلك عند الكلام على نظرية وضع اليد في كتاب الاموال .

٤ — طرأ على المبدأ المتقدم — وهو عدم تمثيل الوصى القاصر في التصرفات التي يباشرها — تعديل آخر في نطاق الالتزامات ( obligations ) ذلك أنه إذا باشر الوصى عقداً من العقود عن القاصر ولمصلحة هذا الأخير فللقاصر عند انتهاء الوصاية أن يقاضى من تعاقد معه وصيه لاستيفاء الديون المترتبة في ذمته ، كما أن للطرف الآخر أن يقاضى القاصر عند بلوغه عن الديون الناشئة له من هذا العقد ، وذلك كله من باب التوسع وبطريق الدعاوى المفيدة ( actions utiles ).

إلا أن النيابة ( représentation ) هنا ليست كاملة بمعنى أن الوصى يبق دائماً أومديننا بجانب القاصر ، فيقاضى ويقاضى بطريق الدعوى المباشرة ( action directe ) الناشئة عن العقد .

## § ٢ — طريقة الأجازة ( L'auctoritas tutoris )

١٤٤ — ماهية الإجازة : قد يتولى الوصى نفسه مباشرة العقد بالاشتراك مع وصيه . وهذه الطريقة كما قلنا غير ممكنة في دور الطفولة ، إذ هي تستلزم قدراً معيناً من التمييز فيمن يباشر التصرف . فهي لا تكون إلا بعد بلوغ الطفل سبع سنين ( infantia major ) وللوصى عليه الخيار ، إن شاء باشر التصرف بنفسه مباشرة ( negotiorum gestio ) وإن شاء اشترك مع القاصر ليكمل أهليته بالمصادقة أو الاذن له بمباشرة العقد ( auctoritas ) .

ومعنى الأجازة ( auctoritas ) أن ينضم الوصى إلى الوصي فعلاً في العقد فيشترط حضوره في مجلس العقد وموافقته على العقد فيه فلا قيمة للأجازة اللاحقة .

١٤٥ — مزايا هذه الطريقة : تتماز طريقة الأجازة بخلوها من عيوب طريقة الإدارة ، فلا تعرض لنا الصعوبة الخاصة بالتصرفات الشخصية البحتة التي لا يمكن لغير القاصر مباشرتها . فالوصي الذي جاوز سن الطفولة قبول التركة بأجازة الوصى .

كذلك لا محل للتعرض لموضوع النيابة ( représentation ) إذ القاصر هو الذي يباشر العقد بنفسه ، وفي هذه الحالة ينتج العقد آثاره في شخصه مباشرة فهو الذي يكتسب

الحقوق أو يلتزم بالواجبات المترتبة على العقد . بعكس الوصى فإنه لا يلتزم بمثل هذا العقد وبذلك يتفادى كل منهما احتمال إفسار الآخر .  
هذا فضلا عما في هذه الطريقة من فائدة تدريب القاصر على إدارة أمواله وتهيئته للاستقلال بأموره .

١٤٦- زوال طريقة الإجازة تدريجياً : وقد استعملت طريقة الإجازة لمزاياها السابقة طوال العصر العلى . غير أنها زالت تدريجياً في العصر الأخير لعدم الحاجة إليها بظهور نظرية النيابة ( théorie de la représentation ) فصار الوصى يتولى التصرف بنفسه بالنيابة عن الموصى عليه ، وبذا صارت طريقة الإجازة من بقايا نظم القانون الرومانى فى العصرين القديم والعالى .

ويجب أن نلاحظ أن ما تقدم ينصب فقط على التصرفات التى لا يملك الصى القيام بها وحده إذ للصى وهو من بلغ السبع سنين وزيادة، مباشرة بعض التصرفات التى سبق الكلام عليها وهى التى تزيد فى ماله بأن تجعله داتنا أو مالكا .

### المبحث الثالث - فى سلطة الوصى وواجباته

١٤٧ - فى القانون القديم : قلنا أن الوصى فى القانون القديم كان السيد المتصرف فى أموال غير البالغ مثله كمثل رب الأسرة ( paterfamilias ) فيما يتعلق بأموال العائلة . فهو يدير أموال غير البالغ اذا شاء وكيف يشاء ، إلا أن هذه السلطة المطلقة فى القديم قيدت بقيود شتى ، روعيت فيها مصلحة غير البالغ ، بعد أن ضعفت فكرة اعتبار الوصاية سلطة على عديم الأهلية . وتقررت بجانب ذلك واجبات شتى على الوصى ضمنيتها دعاوى جديدة . وكذلك اهتم القانون الحديث بتنظيم بعض الضمانات لحماية القاصر من احتمال إفسار الوصى أو موته قبل سداد ما فى ذمته من حقوق الموصى عليه ، حتى أصبحت الوصاية نظاما يخضع لإشراف الدولة ويقوم على فكرة واحدة ، هى فكرة المحافظة على مصالح القاصر وصيانة أمواله من الضياع كما سنبينه تفصيلا فيما يأتى :

## § ١ - قيود سلطة الوصى

١٤٨ - ١ . **دعوى القاصر** : اذا قام نزاع قضائى بين القاصر ووصيه فلا يمكن لهذا الاخير أن يمثل القاصر فى الدعوى لتعارض مصلحتيهما ، بل يعين البريتور للقاصر وصيا مآذونا بالخصوصة ( *tutor praetorius* ) لمباشرة الدعوى فى مواجهة الوصى .

١٤٩ - ٢ . **تحريم التبرع من مال القاصر** : حرم على الوصى منذ العصر العلى التصرف فى مال القاصر بدون مقابل، ويظهر أن مثل هذه التبرعات لم تكن محظورة فى القانون القديم ، ولو أن العرف والعشيرة كانا يحولان دون حصولها .

١٥٠ - ٣ . **منظر التصرف فى مال القاصر** : كذلك قيد حق الوصى فى التصرف فى مال القاصر ولو كان التصرف بعوض منذ القرن الثانى من الميلاد .  
فخطر عليه فى عام ١٩٥ بعد الميلاد بمقتضى قانون صادر من مجلس الشيوخ ( *oratio Severi* ) التصرف فى الاراضى الزراعية ( *praedia rustica* ) وفى بعض العقارات المبنية ( *praedia suburbana* ) وهى المباني المحاطة بأرض فضاء .  
وبقى له حق التصرف فى المباني الموجودة بروما ، والسبب فى التمييز بين المباني الاولى ( *praedia suburbana* ) والمباني الموجودة فى روما ( *praedia urbana* ) هو أن الاولى أبعد الى احتمال هلاكها بالحريق من الثانية بسبب عدم تصاقها بعضها ببعض .

إلا أن لهذا الحظر استثناءات ، فيجوز باذن القاضى بيع عقارات القاصر اذا دعت الضرورة الى ذلك، مثلا لسداد ديون القاصر السابقة على الوصاية أو بناء على طلب الدائن المرتهن استيفاء لدينه على القاصر ، إذ لا يمكن حرمان الدائن المرتهن من حقه فى طلب البيع . وبلاخذ أن البيع يكون باذن القاضى ، وهنا نلص ابتداء خضوع الوصى لأشراف السلطة القضائية أى السلطة العامة .

وقد استمرت سلطة الوصى فى الاتفاص تدريجياً ، فحرم عليه فى عصر قسطنطين سنة ٣٣٥ م بيع عقارات القاصر المبنية ( *praedia urbana* ) بل وحرم عليه بيع بعض الاموال المنقولة ذات القيمة ولو كانت لا تنتج إيراداً ثابتاً كالمصوغات



والمنفولات النفيسة ، وهذا ينبيء عن تطور الحالة الاقتصادية في هذا العصر الذي اختل فيه الأمن وزالت الطمأنينة ، وصار ينظر إلى الأموال السهلة الحبل والاختفاء "نفس الأموال".

١٥١ - ٤ : قبض المبرور : وفي عهد جوستنيان حرم على الوصى قبض ديون القاصر ( على الأقل الديون الجسيمة ) بدون إذن القاضي .

وهكذا قيدت سلطة الوصى وخضع في كل التصرفات المهمة لأشراف السلطة القضائية ، بل وأكثر من هذا فإن تصرف الوصى في حدود سلطته لا ينتج حتماً آثاره في كل الأحوال . إذ للقاصر أن يفسخ التصرف بطلب إعادة الشيء إلى أصله ( in integrum restitutio ) إذا لحقه غبن ( lésion ) منه .

## § ٢ - واجبات الوصى

### Les obligations du tuteur

هذه الواجبات على أنواع ثلاثة : فمنها ما يجب على الوصى القيام به عند ابتداء الوصاية . ومنها ما يجب عليه في أثناء الوصاية ومنها ما يلزمه القيام به عند انتهاء الوصاية . ١٥٢ - (١) واجبات الوصى عند ابتداء الوصاية : ١ - يجب على الوصى قبل مباشرته إدارة أموال القاصر حصر الأموال في قائمة رسمية لضمان استردادها وإعلان ما يكون له أو عليه من الديون قبل القاصر .

فاذا أهمل الوصى في عمل هذا الجرد كان للقاصر عند بلوغه مطالبته بملكية أى مال يكون تحت يده . ويصدق القاصر في ذلك بيمينه . ( Dig, Ulpian ) ( 26. 7, 7.)

٢ - يجب على بعض الأوصياء عند بدء الوصاية أن يتعهد للقاصر ( أو لبعده إذا كان طفلاً infans ) بالمحافظة على أمواله ويضمنه في هذا التعهد كفلاً . ويقال لهذا التعهد الشفوى ( satisfactio rem pupilli salvam fore ) .

ولا يجب هذا التعهد على الوصى المختار ( tuteur testamentaire ) إذ في اختيار الوصى له ضمان كاف على أمانته وكفائه ، ويعنى أيضاً من هذا التعهد الوصى المعين من البريتور أو من محافظ المدينة أو من حاكم الإقليم . وذلك لأن تعيينه منهم لا يكون إلا بعد البحث والتحري عن أمانته وكفائه . فلا يلزم بهذا

التمهد سوى الوصى الشرعى ( *tutor légitime* ) والوصى المعين من الحكام  
القضائين المحليين ( *les magistrats municipaux* ) .

١٥٣ - ( ب ) واهبات الوصى فى أثناء الوصاية : ١ - يجب على الوصى أن  
يدير أموال القاصر . وقد اثبت البريتور فى منشوره هذا الالتزام . فلا قارب القاصر فى  
حالة اهمال الوصى القيام بواجبه اللجوء الى القنصل . ( وقد صار له تعيين الأوصياء  
ابتداء من عهد الامبراطور « Claude » كما سبق بيان ذلك ) لاتخاذ الاجراءات  
اللازمة للحفاظ على مصالح القاصر . فالوصى ملزم فى الواقع بمباشرة أعماله وإلا  
عد مسئولا عن امتناعه . وقد أكد الامبراطور ( *Marc-Aurèle* ) هذا الواجب  
فقرر مسؤولية الوصى اذا امتنع عن مباشرة أعمال الوصاية مالم يقدم فى بحر  
٥٥ يوما من تاريخ تعيينه أعذاراً مقبولة عن امتناعه .

٢ - بقى أن تتساءل عن كيفية إدارة الوصى لأموال القاصر ، أو بعبارة أخرى  
ماهى حدود مسؤوليته ؟ يجب على الوصى أن يدير أموال القاصر كرب الأسرة  
حسن الادارة ( *bon père de famille* ) ، بمعنى أنه يسأل عن الاهمال  
أو التقصير الذى لا يرتكبه عادة رب الأسرة المذكور فى ادارته لأمواله ( *culpa in abstracto* ) وقد خفف الامبراطور جوستيان من الحكم المذكور فاكتفى  
بالزام الوصى أن يعطى لشؤون القاصر نفس العناية التى يعطيها لشؤونه الخاصة . أى  
أنه لايسأل الا عن التقصير الذى لا يأتية عادة فى إدارته لأمواله الخاصة ( *culpa in concreto* ) فيجب عليه استيفاء ديون القاصر واستثمار أمواله ودفع ديونه الخ .

١٥٤ - ( ج ) واهبات الوصى عند انتهاء الوصاية : يجب على الوصى عند انتهاء  
الوصاية تقديم حساب عن ادارته . فيرد الى القاصر عند بلوغه مافى ذمته من  
الاموال ، ويحمله الديون التى يكون قد عقدها لحسابه .

## المبحث الرابع - فى مسؤولية الوصى

١٥٥ - لمحة تاريخية : كان الوصى لايسأل فى الأصل الا عن جرائمه ، وقد نظم

قانون الاثنى عشر لوحاً مسئولته هذه بدعويين : دعوى العزل ( *crimen suspecti tutoris* ) ودعوى الاختلاس ( *actio rationibus distrahendis* ) وفي أواخر الجمهورية رتب قبل الوصى دعوى أخرى مدنية تسمى بدعوى الوصاية ( *actio tutelæ* )

كذلك اهتم القانون الحديث بتنظيم بعض الضمانات لحماية مصالح القاصر من احتمال افلاس الوصى أو موته قبل سداد ما في عهده ، وسندرس (أولاً) دعاوى الوصاية و (ثانياً) الضمانات المقررة لمصلحة القاصر .

## § ١ - دعاوى الوصاية

١٥٦ - الدعوى القبرية : نص قانون الاثنى عشر لوحاً على دعويين الأولى : دعوى العزل ( *crimen suspecti tutoris* ) وهى دعوى جنائية ترفع على الوصى الذى يسيء استعمال سلطته بسوء نية وتؤدى الى عزل الوصى ويجر قرار العزل الوصمة ( *infamie* ) على الوصى ، والظاهر أن هذه الدعوى كانت قاصرة على الأوصياء المختارين ( *tuteurs testamentaires* ) .

والثانية : دعوى الحساب ( *actio de rationibus distrahendis* ) وهى دعوى جنائية بالرغم من اسمها الذى قد يشعر بأنها مدنية ، وهى ترفع ، عندنهاية الوصاية من القاصر أو ورثته على الوصى اذا اختلس شيئاً من أموال القاصر . فهى عبارة عن دعوى السرقة ( *actio furti* ) تحت اسم آخر ولذلك فأنها ، كدعوى السرقة ، تؤدى إلى الحكم على الوصى بضعف قيمة ما اختله .

١٥٧ - دعوى الوصاية ( *actio tutelæ* ) غير أن الدعوى المقدمة لم تكن كافية لضمان مصالح القاصر على الوجه اللائق ، فدعوى الحساب ( *rationibus distrahendis* ) قاصرة على حالة اختلاس الوصى لمال القاصر . فهى لا تشمل أحوال الكسب من غير طريق الاختلاس أو الخسارة التى تلحق القاصر من سوء إدارة الوصى أو إهماله أو تقصيره . ومثلها دعوى العزل ( *crimen suspecti* ) ، فقد كانت تؤدى فقط إلى عزل الوصى المبهمل أو غير الأمين ، ولكن لا تؤدى إلى الحكم على الوصى بتعويض

الخسارة التي لحقت القاصر من سوء ادارته أو عدم أمانته فهي ضمان للمستقبل دون أن تضمن للقاصر تمويض الخسارة التي عادت عليه من سوء ادارة الوصى السابقة على العزل .

ولذلك رتب قبل الوصى في أواخر الجمهورية دعوى أخرى مدنية تسمى دعوى الوصاية ( act o tutelae ) وهي لا ترفع الا عند نهاية الوصاية وموضوعها مطالبة الوصى بأن يقدم حسابا عن كل الأموال التي يكون قد استلها والمبالغ التي يكون قد قبضها أثناء الوصاية وعن كل الأعمال والتصرفات التي يكون قد باشرها بل وعن الأعمال التي يكون قد أهمل القيام بها . وهذه الدعوى كدعوى العزل تجر الوصمة ( infamie ) على الوصى في بعض الأحوال وخاصة في حالة ثبوت سوء نيته . وقد سميت هذه الدعوى في عهد جوستينيان بدعوى الوصاية المباشرة ( actio tutelae directa ) لتمييزها عن دعوى الوصاية غير المباشرة ( actio tutelae contraria ) التي أعطيت للوصى يرفعها على القاصر لمطالبته بالتعويضات التي يستحقها بسبب ادارته كالمصاريف التي يكون قد أنفقها على عقارات القاصر لحفظها أو اصلاحها .

وقد بقيت الدعويان القديمتان، دعوى العزل ودعوى الحساب، بجانب دعوى الوصاية معمولاً بهما كلما دعت مصلحة القاصر الى ذلك .

## § ٢ — ضمانات القاصر

دعوى الوصاية المقدمة دعوى شخصية لا تضمن حقوق القاصر ضمانا كافيا . فالوصى اذا كان معسرا اضطر القاصر الى الاشتراك مع الدائنين الآخرين في اقسام أمواله ، لذلك منح القاصر تدريجياً تأمينات ( suretés ) عدة تضمن له الحصول على ما يكون له في ذمة وصيه بطريق الافضلية .

١٥٨ — ضمانات القاصر : وهذه الضمانات هي :

١ — الزام الوصى الشرعى وكذلك وصى القاضى عند بدء الوصاية بأن يتعهد ، ويضمنه في تعهده هذا كفلاء ، بأن يحافظ على أموال القاصر .

٢ — صدر قانون من مجلس الشيوخ ( senatus - consulte ) في عهد  
الامبراطور ( Trajan ) تراجان ، منح القاصر في حالة إعسار الوصى  
وكفلائه دعوى احتياطية ( actio subsidiaria ) للرجوع بها على القاضى الذى  
عين الوصى وتقرير مسئوليته عن هذا التعيين الذى لم يكن مصحوباً بضمانات كافية ،  
لاقراض القانون اهماله في رعاية مصلحة القاصر ، وعدم اجرائه تحقيقاً وافياً للتحرى  
عن كفاءة الوصى وملاءته .

٣ — منح القاصر منذ عهد الامبراطور قسطنطين ( ٣٠٦ - ٣٣٧ م ) امتيازاً  
( privilegium ) يجعل ديون الوصاية مقدمة في الوفاء على ديون الدائنين العاديين  
دون الدائنين المرتنين

٤ — وأخيراً تقرر للقاصر حق رهن عام ( hypothèque générale ) على  
جميع أموال الوصى بمقتضاه يقدم في الوفاء على جميع الدائنين المرتنين الذين  
تقررت رهانهم بعد قيام الوصاية .

# الفصل الثانى

## فى الوصاية الدائمة على النساء

١٥٩- تاريخها ومشروعيتها: إذا بلغ الصبي سن البلوغ الطبيعى ( ١٤ سنة ) تحرر من الوصاية، بخلاف الانثى فهى تستمر خاضعة لنظام الوصاية مدة حياتها . وليس نظام الوصاية على النساء خاصا بالقانون الرومانى بل نجده فى معظم الشرائع القديمة . ولكن القانون الرومانى قد امتاز على الشرائع الأخرى بأنه بينما يقرر عدم أهلية المرأة لاستعمال حقوقها من ناحية ، يقر مساواتها بالرجل فى الارث من ناحية أخرى .

والوصاية على النساء نتيجة من نتائج نظام العائلة الرومانية القائمة على السلطة الأبوية (la famille patriarcale) فهى مقررّة بمقتضى القانون والعرف لا قارب المرأة من الاعتصاب لمصلحة العائلة بقصد المحافظة على أموال الأسرة وعدم تسربها وضياعا بسبب ضعف المرأة وقلة خبرتها . فقد خشى الرومان فى العصر القديم أن تسيء المرأة التصرف فى الأموال التى آلت إليها من العائلة أو أن تنقل هذه الأموال إلى عائلة أخرى بزواجها مع السيادة من أحد أفراد أسرة أخرى . فهى كالوصاية على الصبي فى القديم تقررت للمحافظة على أموال الأسرة لا لحماية مصالح الموصى عليه نفسه فهى فى الأصل سلطة ( potestas ) أو سيطرة (manus) كما يسميها (Tite-live) (٢٤ - ٢) وهى تشمل جميع النساء ماعدا كاهنات (vestales) معبد الله النار (Vesta) .

وقد فقدت الوصاية على النساء حكمتها منذ أواخر الجمهورية وصار من الصعب تبرير مشروعيتها ، فثيشررون (Ciceron) يعللها بضعف المرأة وقصورها العقلى (débilité intellectuelle) وليس كفاى القديم بضعفها الجسمانى (débilité physique) ويفسر جايوس (Gaius) عدم أهلية المرأة بضعف خلقها (levitas animi) ولو أنه لا يرى فى ذلك سبباً كافياً لتبرير إخضاعها للوصاية الدائمة .

ونظرا لعدم استناد نظام الوصاية على المرأة إلى سبب صحيح يبرر وجوده فقد زال كما نشأ باعتباره سلطة كما في القديم دون أن يتطور إلى نظام مقرر لحماية المرأة من نتائج ضعفها الخلقى أو قصورها العقلى . وسندرس فيما يلى بقايا هذا النظام فى العصر العلى .

## المبحث الأول — فيمن له الوصاية على المرأة

هذه الوصاية كالوصاية على الصبي قد تكون شرعية (légitime) أو مختارة (testamentaire) أو قضائية (honoraire) .

١٦٠ — الوصاية الشرعية : تكون الوصاية الشرعية للأقرب فالأقرب من الأعصاب (agnats) ثم لأعضاء العشيرة (gentiles) عند عدم وجود أحد من الأعصاب. فالبت عند موت أبيها تخضع لوصاية إخوتها أو أعمامها. وتخضع الزوجة تحت السيادة (in manu) عند موت زوجها لوصاية أولادها الذكور أو إخوة زوجها أو أعمامه .

وتكون للمعتق (patron) على معتوقه. أما البنت المحررة (fille émancipée) فتخضع لوصاية من تحررت من سلطته سواء كان أباه الطيى أو شخصاً أجنبياً (manumissor extraneus) على حسب الأحوال .

١٦١ — الوصاية المختارة (tutelle testamentaire) يرجع عهد الوصاية المختارة إلى قانون الاثنى عشر لوجا، وقد استمرت تحت حكم الامبراطورية، فكان يجوز بمقتضاها لرب الأسرة (Pater) أن يعيد الأعصاب والعشيرة من الوصاية باختيار وصى لبنته أو زوجته مع السيادة (in manu) فى وصيته، بل وكان له أن يمنح ابنته أو زوجته حق اختيار وصيها (tutor optivus) .

١٦٢ — الوصاية القضائية : (tutelle honoraire) وأخيراً قد يعين القاضى للمرأة وصياً عند عدم وجود وصى شرعى أو مختار .

## المبحث الثاني — في آثار عدم أهلية المرأة

لا يتولى الوصى على المرأة إدارة أموالها بنفسه ( *negotiorum gestio* ) بل إن وظيفته قاصرة على إجازته تصرفات معينة لا تملك المرأة القيام بها وحدها . فالمرأة هي التي تتولى بنفسها إدارة أموالها مع إلزامها بالحصول على إجازة الوصى ( *auctoritas* ) في تصرفات معينة .

١٦٣ — التصرفات التي تخضع لإجازة الوصى : كانت المرأة في العصر العلي لا تملك مباشرة تصرفات معينة بدون إجازة وصيها ، أما ما عداها من التصرفات فكان لها أن تبشره بنفسها بدون تدخل وصيها . ولما كانت الوصاية على النساء لم تتطور كباقي أنواع الوصاية الأخرى فقد ترتب على ذلك أن المرأة لم تدخل في طائفة ناقصي الأهلية ( السفيه ، القاصر دون الخمس والعشرين سنة — والصبي ) الذين لم يوحدهم مباشرة التصرفات المفيدة ، أى التي تزيد في مالهم دون التصرفات الضارة أى التي تنقص من مالهم . فكان لها مثل الحق التصرف في أموالها غير النفيسة ( *res nec mancipi* ) بخلاف الصبي كما سبق بيان ذلك .

وقد حصر ( *Ulpian* ) التصرفات التي لا يجوز للمرأة مباشرتها بدون إجازة وصيها فيما يأتي :

١ — رفع الدعاوى أو مباشرة التصرفات التي تصاغ في صورة دعوى كنقل الملكية بطريق الدعوى الصورية ( *in jure cessio* ) وكالتحرير بدعوى استرداد الحرية الصورية ( *vindicta* )  
٢ — عقد الديون .

٣ — مباشرة تصرف من تصرفات القانون المدني القديم كقبول تركه ( *adition d'hérédité* ) أو تقرير دويلة ( *dictio dotis* ) أو التازل عن دين بطريق رسمي ( *acceptilatio* ) .

٤ — نقل ملكية الأموال النفيسة ( *res mancipi* ) .  
٥ — الزواج بالسيادة .



يتضح من دراسة هذه التصرفات انها شاملة لجميع التصرفات القانونية المعروفة في العهد القديم ، الأمر الذى يحمل على الاعتقاد بأن المرأة كانت عديمة الاهلية في القانون القديم .

### المبحث الثالث — فى زوال الوصاية على النساء

١٦٤ — ولما كانت هذه الاحكام تتضمن بقايا نظام تعسفى مخالف للطبيعة ولروح العدالة فقد قدر لها أن تزول وقد تم زوالها تحت تأثير غلبة القانون الطبيعى على العرف والتقاليد . فبينما بقيت الوصاية على الصغير والصبي مع تهذيبها لاستنادها الى نقص طبيعى فى الاهلية ، فان الاسس التى قامت عليها الوصاية على النساء لم يكن من شأنها أن تهوى لهذه الوصاية أسباب البقاء .

وقد بدأ هذا التطور فى أوائل الامبراطورية بفضل نظام امتياز الأولاد ( *jus liberorum* ) الذى كان يمنح للحررة الأصلية إن كان لها ثلاثة أولاد على الأقل ، وللمعتوقة إن كان لها أربعة ، ويقضى بتحرير الأمهات من الوصاية عليهن . وهو امتياز أنشئ فى عهد الامبراطور أغسطس ( *Auguste* ) بمقتضى قوانين صدرت منه لمحاربة العزوبة ولتشجيع الزواج والتناسل ( *Lois caducaires* ) . وكان يمنح فوق ذلك فى غير الاحوال المتقدمة ، أى يعطى منحة فردية لنساء لم يكن لهن العدد المقرر من الأولاد بقرار من الامبراطور . وفى زمن الامبراطور ( *Claude* ) صدر قانون بالغاء الوصاية الشرعية التى كانت للأعصاب على النساء فلم تبق من الوصاية الشرعية إلا وصاية المعتق على معتوقته ووصاية الأب على بنته التى حررها من سلطته ثم منح الامبراطور تيودوز هذا الامتياز لجميع نساء الامبراطورية فى أوائل القرن الخامس من الميلاد .

# الفصل الثالث

## في القوامة على المجانين والسفهاء

١٦٥ — الاستثناء الخاص المأخوذة للقوامة : الخاضعون للقوامة هم المجنون والسفيه والقاصر الذي لم يبلغ خمساً وعشرين سنة. وترجع القوامة على المجنون والسفيه الى عهد قانون الألواح الاثني عشر بخلاف الحالة الاخيرى وهى الخاصة بالقاصر فأنها أحدث عهداً.

### § ١ — القوامة على المجنون<sup>(١)</sup>

١٦٦ — القوامة الشرعية على المجنون : ترجع هذه القوامة الى عهد قانون الألواح الاثني عشر وكانت قاصرة على المجنون جنوناً متقطعاً ( furiosus ) وهو من تتابع نوبات جنونية مصحوبة بأفعال عنف تهدد الغير بالخطر . ويقرر قانون الألواح الاثني عشر وضعه تحت قوامة الأقرب من الأعصاب ( agnats ) أو العشيرة ( gentiles ) عند عدمهم ، ويكون للقيم السيطرة ( potestas ) على شخصه وماله . فهو الذى يدير أموال المجنون مباشرة بطريق الادارة ( negotiorum gestio ) ولا يستطيع أن يشرك المجنون فيها مع الاذن له ( auctoritas ) ، لانعدام التمييز لدى المجنون في أثناء جنونه وحكمه في ذلك حكم الطفل تماماً . على أن للمجنون مباشرة كافة التصرفات الشرعية وحده في فترات افاقته ( intervalles lucides ) . وهذا دون حاجة إلى صدور حكم قضائى بزوال الجنون ، كما هو الحال الآن حيث يعتبر المجنون فاقد الأهلية حتى صدور قرار برفع الحجر عنه .

(١) انظر برنقانت ، المرجع المتقدم ، الجزء الاول ، طبة ١٩٢٥ ، ص ٤٧٣ - ٤٨٢ -

وانقرأ في نظام القوامة على المجنون والسفيه Audibert, La folie et la prodigalité, Paris, 1892

١٦٧ - التوسع في أملاكه قانونه الألواح الاثني عشر : ويمكن تلخيص أهم التعديلات التي طرأت على نظام القوامة على المجنون فيما يأتي :

١ - ظهرت منذ نهاية الجمهورية صورة جديدة للقوامة بجانب القوامة الشرعية المقررة للأوصاب وأفراد العشيرة وهي القوامة القضائية ( curatelle honoraire ) .

٢ - كذلك كان الحاكم القضائي يقر دائماً تعيين من اختاره رب الأسرة في وصيته ليكون قياً على ولده المجنون الذي يصبح عند وفاته مستقلاً بحقوقه .

٣ - كذلك أصبح البريتور يطبق نظام القوامة السابق على حالات الضعف العقلي أو العته التي أغفلها قانون الألواح الاثني عشر فشمل نظام القوامة جميع المجانين والمعتوهين .

وفيما عدا ما تقدم يخضع القيم لنفس القواعد التي سبق ذكرها في باب الوصاية من حيث القيود التي تحد من سلطته ومن حيث مسؤوليته عن إدارته مع فارق بسيط يتخلص في أن مسؤوليته مقرر لا بمقتضى دعوى الوصاية ( actio tutelæ ) وإنما بمقتضى الدعوى الناشئة عن عمل الفضولي (١) بطريق التوسع ( actio negotiorum gestorum ) وإعمارفت عليه بطريق التوسع لأن القيم يدير أموال المجنون وهو ملزم بذلك بحكم ولايته ، بخلاف الفضولي فإنه يباشر عمل الغير من تلقاء نفسه ومن غير أن يكون مفوضاً من قبل رب المال . وتختلف هذه الدعوى عن دعوى الوصاية في أنه يجوز رفعها قبل انتهاء القوامة بخلاف دعوى الوصاية فهي من دعاوى الحساب التي لا ترفع الا عند انتهاء الوصاية .

## § ٢ - القوامة على السفهاء

١٦٨ - ألجبر على السفه طبقاً لقانونه القديم : تنص الألواح الاثني عشر على أن نظام القوامة مقرر لمصلحة الأوصاب ( agnats ) على من حجر عليهم التصرف في أموالهم . واليك صورة لقرار البريتور بالحجر على السفه كما هي مبينة في كتاب الأحكام ( sentences ) للشارح ( Paul ) :

(١) الفضولي هو الذي يباشر من نفسه عملاً خلاصاً بغيره من دون أن يتدبه ذلك الغير .

« حيث إنك تبذر بدون وعى أو تدبير فى الأموال التى ورثتها عن أهلك وجدك وتجرب ذلك أولادك الى الفقر والعوز فأتى أحجر عليك مباشرة أعمال التصرف (١) ، فالصفة المتقدمة تبين لنا بوضوح أن الحجر على السفه كان قاصرا فقط على من يذر فى الأموال العائلية التى آلت اليه بالميراث الشرعى عن أبيه أو جده ويكون له أولاد يصدر الحجر لمصلحتهم . فلا يشمل من يذر فى أمواله الأخرى ومن لا أولاد له . ويشمل الحجر كل الأعمال التى تعتبر من قبيل التصرف كالوصية والاشهاد الخ . ١٦٩ - نص على النظام السابق : وقد طرأ على النظام السابق تعديلات جملة يمكن حصرها فيما يأتى :

١ - حى البريتور بعض السفهاء الذين أغفلهم قانون الألواح الاثني عشر وأخضعهم لنظام القوامة وهم الذين يملكون أموالا عن غير آبائهم أو أجدادهم كالعقلاء ومن لا أولاد لهم .

٢ - لم تبق أهلية السفه معدومة كما فى القديم بل شبه بالصبي ( pubertati maximus ) من حيث اعطائه أهلية القيام وحده بكل تصرف يزيد فى أمواله دون التصرفات التى تنقص منها .

٣ - بقي التقييم طوال العصر العالى يباشر ادارة أموال السفه وحده . ثم سمح منذ العهد البيزنطى باشتراك السفه معه فى التصرف بالاجازة ( auctor tas ) . الا أن هذا رأى غير متفق عليه اذ يرى بعض الشراح أنه لم يكن له سوى طريقة الادارة بنفسه ( negotiorum gestio ) لعدم وجود أى نص يفيد أن له طريقة الاجازة أيضا .

ويلاحظ أخيرا أن السفه لا يعتبر ناقص الأهلية الا اذا صدر قرار بالحجر عليه ، وهذا الحجر لا يزول أيضا الا بقرار آخر . وهذا بخلاف المجنون فقصراته باطلة متى صدرت منه فى أثناء الجنون وتعود إليه أهليته كاملة بزوال حالة الجنون وكل هذا بدون حكم قضائى بالحجر أو رفعه .

(١) راجع De Visser "Mélanges Cornil," I, pp 539 - 611; Etudes de droit romain, 1931, pp.

23 - 107 ; Collinet, L' origine du décret d'interdiction des prodigues [Mélanges Cornil, I, pp 149-154]

## الفصل الرابع

### في القوامة على القاصر عن ٢٥ سنة (١)

كان القانون القديم يقضى باعتبار الصبي أهلاً لجميع التصرفات بمجرد بلوغه الطبيعي . وكان من الممكن تبرير هذه القاعدة في العصر القديم حيث كانت التصرفات القانونية نادرة من جهة وعلنية من جهة أخرى، فحضور الشهود في عملية الاشهاد والقاضي في الدعوى الصورية كفيل بمنع كل غش أو تدليس يضار من ورائه القاصر . ولكن تبدلت الحال في القرن السادس لروما فكثرت المعاملات وتحررت تدريجياً من تلك الأوضاع الشكلية التي كانت تكسبها صفة العلانية . لذا رأى وجوب حماية القاصر من نتائج صغر سنه ونقص تجاربه . وقد بدأ ذلك بصدر قانون في عهد الجمهورية اسمه ( Plætoria ) يقضى بالعقاب على جريمة غش القاصر الذي لم يبلغ ٢٥ سنة . ثم تدخل البريتور بعد ذلك لتكملة أحكام هذا القانون وتقومها . وأخيراً تدخل المشرع في عصر الامبراطورية فأخضع القصر دون الخمس والعشرين لنظام القوامة أسوة بالسفهاء .

وسندرس تباعاً قانون (Plætoria) ثم اصلاحات البريتور وأخيراً الاصلاحات الامبراطورية .

١٧٠ — قانونه بليتوريا: ( lex Plætoria ) هو قانون قديم يرجع الى القرن السادس من انشاء روما، ومن المحقق صدوره قبل سنة ٥٦٢ أو ٥٦٣ لروما ، حوالي سنة ١٩٢ أو سنة ١٩١ قبل الميلاد ، اذ يشير اليه الشاعر والروائي المسرحي المشهور ( Plaute ) في إحدى رواياته المسماة ( Rudens ) وقد عاش هذا الشاعر من سنة ٢٥٤ الى ١٨٤ قبل الميلاد .

( ١ ) انظر بوفانت ، المرجع المتقدم ، الجزء الاول ، طبة ١٩٢٥ ص ٤٩١ - ٥١٠ والمراجع

المذكورة فيه ، ص ٤٩١ . هامش ١ .

وقد اعتبر هذا القانون القاصر كامل الأهلية طبقاً لما كان متبعاً في القديم ، بمجرد بلوغه الطبيعي ولو كان دون الخامسة والعشرين ، ولكنه نص على عقاب من يخدعه في معاملته ويستغل حداثته باعتبار مثل هذه الأفعال مكونة لجريمة خاصة هي جريمة الغش . وقد رتب لهذه الجريمة دعوى جنائية يحكم فيها بفرامة وجاز أن ترفع هذه الدعوى في صورة دعوى تخل ( noxaliter ) إذا وقعت الجريمة من شخص تابع لغيره (١)

ومن المحقق أن العقوبة التي قررها هذا القانون كانت رادعة حتى أن المرايين كثيراً ما تظلموا من شدة أحكامه وشكوا عدم إمكانهم إقراض القصر عن ٢٥ سنة بعد صدوره .

١٧١ - **اصحواات البريتور** : غير أن هذا القانون كان معيباً من وجهين فهو من جهة لا يحمي القاصر إلا إذا أصابه غبن بسبب غش أو خداع الطرف الآخر ، ومن جهة أخرى فقد أضاع بسبب شدة أحكامه الثقة ( crédit ) في معاملة القاصر ، فامتنع الغير عن معاملته خشية الوقوع تحت طائلة العقاب . لذلك تدخل البريتور للإفالة عيوبه وتقوم أحكامه الصارمة الضارة بمصلحة القاصر . فقرر الوسائل الآتية .

( أ ) **الدفع بقانون بليتوريا ( L'exceptio legis Plaetoria )** — منح البريتور في منشوره للقاصر دفعاً هو الدفع بقانون بليتوريا في حالة وقوعه في الغش بسبب خداع الطرف الآخر . ويسمح له هذا الدفع بعدم تنفيذ العقد الصادر منه تحت تأثير الغش .

( ب ) **إعادة الشيء إلى أصله ( la restitutio ob aetatem )** كذلك سمح له البريتور بطلب فسخ التصرف وإعادة الشيء إلى أصله ( restitutio in integrum )

(١) راجع في هذا المعنى Duquesne, L'action de la loi Plaetoria, Mélanges Cornil, I, 1926, pp 217-

244: Ed, Cug, Manuel, 1928, p. 227-228: Giffard, Précis, I, p. 295.

ويرى آخرون أن القانون المتقدم أنشأ دعوتين ضد من غش القاصر ، دعوى جنائية يحكم فيها بفرامة وبعض عقوبات تبعية ، ودعوى تابعة للقانون الخاص يحكم فيها برد مثل أو ضف ماقدمه القاصر تنفيذاً للعقد الذي خدع فيه . راجع في هذا المعنى بونفانت ، المرجع المتقدم، الجزء الأول . ص ٤٩٢

وهامش ٣- جيرار ، طبعة ١٩٢٩ ، ص ٢٤٨ .

إذا لحقه غبن (lésion) من التصرف ولو نشأ ذلك عن عدم خبرته وسوء تقديره دون وقوع غش من الطرف الآخر .

ولكن ليس معنى ذلك أن القاصر كان يعتبر بموجب هذا النظام ناقص الأهلية إذ يفسخ العقد بسبب الغبن ولا يبطل بسبب انعدام الأهلية .

( ح ) وأخيراً أنشأ البريتور نظاماً للقوامة على القاصر الذي لم يبلغ ٢٥ سنة ، لجعل له الحق إذا آنس من نفسه عجزاً عن إدارة شؤونه في أن يطلب تعيين قيم عليه يعاونه في أعماله ويحيز عقود ، حتى يطمئن الغير الى معاملته . وكانت هذه القوامة اختيارية لاتمنعه من أهليته الكاملة ولا من الاستقلال بأموره بعد ذلك إن شاء .

#### ١٧٢ - الموصوعات الامبراطورية :

( ا ) تعمم نظام القوامة في القرية الثاني من الميعود : وقد عمم نظام القوامة في القرن الثاني من الميلاد بمقتضى أمر امبراطورى ( rescrit ) أصدره الامبراطور ( Marc-Aurèle ) بمقتضاه يجوز للقاصر في كل الأحوال أن يحصل على قيم يتولى عنه إدارة أمواله بصفة عامة . إلا أن هذه القوامة وقد صارت ذات صفة عامة أى شاملة لإدارة أموال القاصر ومباشرة جميع التصرفات عنه ، مثل القوامة المقررة بالنسبة للسفيه والمجنون ، بقيت اختيارية أى معلقة على طلب القاصر ورضائه .

١٧٣ - ( ب ) نزع هذا النظام في نهاية العصر العلمى : وقد شاع تعيين القوام في القرن الثالث من الميلاد وخصوصاً في الجزء الشرقى من الامبراطورية وشملت هذه القوامة النساء بعد زوال نظام الوصاية عليهن .

نخلص مما تقدم بأن هناك أجزاء من الامبراطورية الرومانية كانت يخضع فيها القصر دون الخنس والعشرين من الجنسين لنظام القوامة . ولكن لم يكن الحال كذلك في جميع الجهات بدليل أن الامبراطور ( Dioclétien ) قد فرق في قانون أصدره سنة ٢٩٣ بين من كان من القصر خاضعاً لقيم ومن لم يكن كذلك . وهذا يدل على أن القوامة العامة لم تكن إجبارية في جميع الجهات

حتى عصر هذا الامبراطور . وفوق هذا فن النصوص التي ترجع الى هذا العهد ما يوجب تعيين قيم على القاصر في بعض احوال خاصة كما في حالة مقاضاة القاصر لغيره أو بناء على طلب الخصم الذي يريد مقاضاته.

١٧٤ - (م) نظام القوامة على القاصر في العصر البيزنطي وفي عصر جستنيان:  
وأخيراً في عصر الامبراطورية البيزنطية وتحت تأثير التقاليد اليونانية والمصرية أصبحت هذه القوامة إجبارية على كل قاصر لم يبلغ من العمر ٢٥ سنة فاعتبر من من لم يبلغ هذه السن ناقص الأهلية كالصبي تماماً ، ويمدنتنا تلخيص أوجه الشبه بينهما فيما يأتي :

(١) من حيث عدم الأهلية — فبعد أن كان القاصر عن ٢٥ سنة كامل الأهلية صار ، كالمراهق وهو من قارب سن البلوغ الطبيعية ، ناقص الأهلية بمعنى أن له القيام بالتصرفات النافعة فقط أي التي تزيد في أمواله دون التصرفات الضارة التي تنقص منها .

(٢) من حيث طبيعة القوامة على القاصر — صارت القوامة على القاصر شبيهة بالوصاية المقررة على الصبي من حيث أنها دائمة وعامة وإجبارية بمعنى أنها غير قاصرة على مباشرة تصرف معين تنتهي بانتهائه بل تشمل إدارة جميع أموال القاصر بصفة عامة وتستمر حتى بلوغ القاصر ٢٥ سنة .

(٣) من حيث وظائف القيم وسلطته — أصبح القيم مكلفاً بإدارة أموال القاصر وشؤونها كما يدير الوصي مصالح الصبي وكان في الأصل يتولى إدارة أموال القاصر مباشرة (negotiorum gestio) ثم سمح له في عصر جستنيان بإشراك القاصر معه في التصرف بطريق الأجازة (auctoritas) .

وتقضى كذلك النصوص الموجودة بالموسوعات بأن تطبق على القيم القواعد العامة السابق الكلام عليها في باب الوصاية بخصوص سلطة الوصي وقودها وواجباته ومسؤوليته.

وبالاختصار فقد صار نظام القوامة على القاصر دون الخنس والعشرين سنة شبيهاً بكل الشبه بنظام الوصاية على الصبي غير البالغ بحيث يصعب التمييز بينهما بل يمكننا القول بأن القوامة امتداد لنظام الوصاية حتى سن الخمسة والعشرين .



فكان القانون الروماني في المهد الأخير من الامبراطورية كان يعتبر القاصر ناقص الأهلية حتى بلوغه ٢٥ سنة . وهذه السن تزيد كثيراً عن سن البلوغ ولذلك قرر الامبراطور قسطنطين للقاصر عند بلوغه ٢٠ سنة إن كان ذكراً أو ١٨ سنة إن كان أنثى أن يطلب رفع القوامة عنه وإزالة نقص أهليته بشرط أن يثبت حسن تديره لشؤونه وقدرته على إدارة أمواله . وإذا صدر قرار القاضي بإجابة طلبه اكتسب الأهلية الفعلية مع بعض قيود أهمها تحريم الهبة عليه وبيع أمواله الثابتة فليس له مباشرة هذه التصرفات بمفرده . ويقال لهذا الامتياز ( *venia aetatis* ) أى الاعفاء من السن القانونية ، وهو يشبه النظام المعروف في القانون الفرنسى باسم التحرير ( *émancipation* ) وحالة القاصر المحرر وسط بين حالة الأهلية الكاملة المشروطة ببلوغ السن القانونية وحالة عدم الأهلية . وقد تقرر هذا النظام لهيئة القاصر تدريجياً للاستقلال بشؤونه وتدريبه على إدارة أمواله .

# الباب الخامس

## في زوال الشخصية القانونية أو الموت المدني

١٧٥ — تمهيد : سبق أن بينا أن الشخصية القانونية تبدأ كقاعدة عامة بالولادة وتنتهى بالوفاة. إلا أن هذه القاعدة استثناءات، فقد تخلق هذه الشخصية قبل الولادة بالنسبة للجنين ، فيعتبر الحل من باب الافتراض كالمولود متى اقتضت مصلحته ذلك. وقد تستمر بعد الوفاة ، فالتركة الشاغرة ( *hérédité jacente* ) إلى أن تقبلها الورثة ، تعتبر على ذمة المتوفي كما لو كان حياً ، حتى لا تبقى من غير مالك . ولكن قد تطرأ بعض حالات تحرم الشخص من بعض الحقوق العادية وقد تطرأ بعض حالات أخرى تؤدي إلى زوال شخصيته قبل الوفاة وهو ما يسمى بالموت المدني.

١٧٦ — ملاحظات تغيير الوصف : قد يحرم الشخص في بعض أحوال وفي أثناء حياته من بعض الحقوق العادية دون أن يترتب على حرمانه منها فقد أهليه أو شخصيته القانونية . ويمكن حصر هذه الاحوال في ثلاث :

الأولى — عدم الجدارة للشهادة ( *intestabilité* ) : وهي حالة الشخص الذي فقد أهليه لأن يكون شاهداً أو أن يلجأ إلى شهوده فلا يمكنه مباشرة أى عقد يستلزم لاتمامه شهوداً كالبيع بطريق الاشهاد أو الاستدانة بعقد القرض القديم ( *nexum* ) أو الوصية بالاشهاد .

وقد نص قانون الألواح الاثني عشر على تقرير هذا الجزاء لمن كان شاهداً أو حامل ميزان في عقد من هذه العقود ثم نكل عن أداء الشهادة عنه في الدعوى . وتقرر هذا الجزاء أيضاً بقانون لاحق لكل من قذف في حق غيره بالكتابة ( *carmen famosum* ) .

الثانية — الوصمة ( *infamie* ) : وهي حالة تلحق الشخص كنتيجة للحكم عليه في بعض الدعاوى المسماة ( *actions infamantes* ) ، كدعوى الاعتداء على

الشخص ، ودعوى الفسخ ، ودعوى الشركة ، ودعوى الوكالة ، ودعوى الوصاية .  
وهي تؤدي إلى حرمان الشخص من التقاضي ومن حق الترشيح لمناصب الحكم  
ومن الحقوق الانتخابية .

الثالثة — ضياع السمعة ( la turpitude ) : وهي حالة أخلاقية لا قانونية  
تجعل الشخص فاقدا للكرامة بين مواطنيه ولا يترتب عليها حرمانه من حق وانما  
قد تكون سببا لعدم سماع شهادته أو لعدم جعله وصياً .

١٧٧ — الموت المدني <sup>(١)</sup> ( Ls capitis deminutio ) : ويعرفه ( Gaius )  
بأنه « تغير لحالة الشخص » ( permutatio status ) وسندرس أولا حالات  
الموت المدني ثم آثاره .

## § ١ — حالات الموت المدني

١٧٨ — الحالات الثلاث للموت المدني : حالات الموت المدني ثلاث :  
١ — حالة فقد الحرية ، ٢ — حالة فقد الرعية أو الوطنية ، ٣ — حالة  
فقد الصفة العائلية .

هذه الحالات الثلاث تقابل درجات الموت المدني الثلاث ، الدرجة القصوى  
( capitis deminutio maxima ) في الحالة الأولى أي في حالة فقد الحرية  
والدرجة الوسطى ( capitis deminutio media ) في الحالة الثانية أي في حالة  
فقد الرعية أو الوطنية ؛ والدرجة الصغرى ( capitis deminutio minima )  
في الحالة الثالثة أي في حالة تغير الصفة العائلية .

١٧٩ — الموت المدني في درجته القصوى ( capitis deminutio maxima ) :  
في هذه الحالة يفقد الإنسان حريته وبالتالي وطنيته وصفته العائلية ، ويحدث ذلك مثلاً  
بتوافر سبب من أسباب الرق ، ما عدا الأسر لأن الأسير اذا عاد الى بلده اعتبرت

---

(١) راجع في الموت المدني ( Desserteaux ( F ), Etudes sur la formation historique de la capitis de  
minutio, t. I, 1909, fasc. 1, 1919 ; fasc. 2, 1926: 111. 1925

شخصيته كأنها لم تزول تبعاً لنظرية ما وراء الحدود ( *Jus postliminii* ) (١) وإذا لم يعد حتى مات في الأسير اعتبر أنه مات طبيعياً من يوم أسره. فالأسير لا يعتبر سبياً للموت المدني، إلا إذا عاد الأسير في الأحوال التي لا تسري فيها نظرية ما وراء الحدود، كمودة الذي كان قد سلم نفسه جناً الخ.

١٨٠ — الموت المرنى في درجته الوسطى ( *capitis deminutio media* )  
يكون هذا يفقد الوطنية مع استبقاء الحرية مثلاً باكتساب الروماني جنسية أجنبية أو بالحكم عليه بالنفي.

١٨١ — الموت المرنى في درجته الصغرى ( *capitis deminutio minima* )  
يكون بتغيير الصفة العائلية كما هي الحال بالنسبة للأشخاص الآتين : —

١ — المتبنى في النوعين من التبني ( *adrogé* و *adopté* ) وأولادهما.

٢ — المرأة عند زواجها مع السيادة ( *cum manu* ) سواء كانت تابعة لغيرها أو مستقلة بحقوقها .

٣ — الأبناء الذين تحرروا ( *émancipés* ) من سلطة آبائهم أو من سلطة مشترتهم ( *mancipium* ) .

فتقتضى الشخصية القانونية القديمة بتغيير الشخص لعائلته . ولكن يجب أن يلاحظ بأن الشخص قد تغير أهليته دون أن يفقد شخصيته القانونية ، كما إذا صار الابن مستقلاً بحقوقه ب وفاة أبيه أو بصيروته كاهناً في معبد إله الآلهة ( *flamine de jupiter* ) أو بصيرورة البنت كاهنة في معبد إله النار ( *vestale* ) ذلك أن أهليتهم قد تغيرت دون الانتقال إلى عائلة أخرى ، فيحتفظون بصلتهم مع أعصابهم ( *agnats* ) وأفراد عشيرتهم ( *gentiles* ) .

١٨٢ — تعريف الموت المرنى : يمكننا مما تقدم تعريف الموت المدني بأنه عبارة عن زوال الشخصية ، بسبب فقد الشخص حريته أو وطنيته أو بسبب تغيير عائلته .

## § ٢ - آثار الموت المدني

تختلف آثار الموت المدني باختلاف درجته. إذ الشخص في حالة الدرجة القصوى يصير عبداً، ويشبه بالأشياء، ويحرم من جميع الحقوق . وفي الحالة الوسطى يفقد وطنيته فيصير أجنبياً أو لاتينياً . وفي الحالة الصغرى يصير إما مستقلاً بحقوقه أو تابعاً لغيره ولكن في عائلة أخرى .

على أن لكل الحالات الثلاث المتقدمة آثاراً متشابهة بعضها يرجع إلى الأشخاص والبعض الآخر يرجع إلى الأموال .

١٨٣ - ١ - آثار الموت المدني بالنسبة لمؤسسات : من فقد شخصيته القانونية انقطعت كل روابطه العائلية وزالت معها الحقوق المترتبة عليها. فإذا كان رب أسرة فقد سلطته الأبوية ، وإذا كان وصياً شرعياً انقضت وصايته ، ويترتب على ذلك ايضاً فقد حقوقه في الارث باعتباره عبداً ( agnat ) .

وتزول كذلك حقوق الولاء التي للعق قبل معتوقه .

ولكن لا يؤثر الموت المدني على العلاقات القانونية المبنية على القرابة الطبيعية، فتبقى أسباب تحريم الزواج بين المحارم، وتبقى حقوق الوصاية والارث المبنية على القرابة الطبيعية بعد أن أحلت محل القرابة المدنية في القانون الحديث .

١٨٤ - ٢ - آثاره بالنسبة للمال : للموت المدني بالنسبة للأموال أثران، أثر مسقط لبعض الحقوق وأثر ناقل للحقوق الأخرى .

( ١ ) أثره المسقط ( effet extinctif ) : يترتب على فقد الشخص أهليته القانونية سقوط بعض حقوقه وهي حق الانتفاع ، وحق الاستعمال ، والحقوق الناشئة عن الشركة ، والحقوق المقررة له باعتباره دائماً ثانوياً ، وحقه في الايضاء .

وكذلك تقضى الديون التعاقدية التي كانت مقررة في ذمة فتلاً يراً المتبنى ( adrogé ) والمرأة التي تزوج مع السيادة من ديونهما لفقدتهما الشخصية القانونية بالتبني أو الزواج .

ولكن لا تطبق القاعدة المذكورة بالنسبة لديونه الناشئة عن الجرائم، إذ ينشأ عنها حق المجنى عليه في الانتقام من شخص الجاني.

(ب) أثره الناقل (effet translatif) : أما حقوقه الأخرى التي لم تسقط فتؤول عادة إلى من كان سبب الموت المدني كدائن المدين الذي لم يف بدينه، والحكومة التي حرمت وطنياً من جنسيته جزاء له، والزوج بالسيادة، والمتبنى، (adrogeant)، والميت المدني نفسه إذا كان قد اكتسب باختياره جنسية أجنبية. فيرث الأشخاص المذكورون مال الشخص الذي فقد شخصيته دون الالتزام بديونه التعاقدية.

١٨٥ - كيف استعبرت اصطلاح الموت المدني تاريخياً : غير أن هذه الأحكام كانت تتنافى مع أبسط مبادئ العدالة والقانون الطبيعي، إذ كانت تسمح للشخص المستقل بحقوقه أن يتخلص من ديونه بوضع نفسه تحت سلطة غيره بطريق التبني (adrogation) فيكتسب هذا الغير (adrogeant) ما يكون للتبني من الاموال دون أن يلزم بدفع الديون التي تسقط بزوال شخصية المتبني (adrogé) على أن ذلك كان نادر الحصول في القانون القديم، حيث كان التبني يتم بقانون يصدر من مجالس الشعب (comices) ويؤخذ فيه رأى الكهنة (pontifes) فكان للدائنين في حالة محاولة مدينهم الهرب من ديونه بالطريقة المذكورة أن يلجأوا إلى الكهنة وإلى مجالس الشعب للتظلم من عمل المدين.

ولكن منذ أن بطل اجتماع مجالس الشعب وزال اشراف الشعب والكهنة على التبني تدخل البريتور وطبق قاعدة « أن لا تركة إلا بعد سداد الديون »، « Non sunt bona, nisi deducto aere alieno »، ولكن مع تمييز بين حالات الموت المدني :

١ - فأعطى للدائنين في حالة الموت المدني من الدرجة الصغرى طلب إعادة الشيء إلى أصله (restitutio in integrum)، بمعنى أن لهم التنفيذ على أموال مدينهم، كما لو لم يفقد شخصيته القانونية أصلاً. فتبقى لهم الدعاوى التي كانت لهم قبل مدينهم ويجب على المتبني (adrogeant) أن يحضر فيها وإلا أمر البريتور بوضع أموال المدين المتبني تحت يد الدائنين للتنفيذ عليها سداداً لديونهم.

٢ — أما في حالي الموت المدني من الدرجة القصوى والوسطى ، فلا يعاد الشيء إلى أصله ، وإنما يعطى البريتور للدائنين دعوى برتورية على من انتقلت إليه أموال الميت المدني بأداء ديونه . غير أن هذه الدعوى كانت غير ممكنة قبل المولدة ، ولكن اعتادت الدولة دفع ديون المحكوم عليهم بالمصادرة لغاية استنفاذ أموالهم .

نستخلص مما تقدم أنه كان من أثر تدخل البريتور وحسن نية الحكومة أن أجبر من آلت إليه أموال المدين ، الذي فقد شخصيته القانونية ، على دفع ديونه من أمواله ( *intra vires* ) .

١٨٦ — عصر أموال الموت المدني وتأثير في القانون الإمبراطوري :

صارت حالات الموت المدني محصورة للغاية في عصر الإمبراطور جوستيان . ولكن يمكن تصويره في هذا العصر أيضا في حالة فقد الشخص حريته نتيجة الحكم عليه ببعض العقوبات . أما الموت المدني بدرجة الصغرى ، فقد صار محدود الأثر بزوال القرابة المدنية وإحلال القرابة الطبيعية محلها . ويمكن حصر آثار الموت المدني بدرجة الصغرى في أربعين :

- ١ - الأول منهما يتعلق بالأموال ويؤدي إلى إسقاط الحقوق الناشئة عن الوكالة .
- ٢ - والثاني يتعلق بالأشخاص ويؤدي إلى قنن الروابط القانونية القائمة بين المعتق ومعتوقه فيفقد المعتق ، إذا ضاعت شخصيته ، حقوق الولاء التي كانت له وبالأخص حقه في الخدمات ( *operae* ) .

وهكذا صارت نتائج الموت المدني معدومة تقريبا في القانون الإمبراطوري بعد أن كانت مطلقة في القانون القديم (١) .

(١) راجع يانا موجزا في ماهية الموت المدني وفي تاريخه في جيفار ، موجز القانون الروماني طبع ١٩٣٤ ، الجزء الأول ، ص ٣٠٩ - ٣١١

# الباب السادس

## في الاشخاص المعنوية والقانونية (١)

١٨٧ — لنظرية الاشخاص القانونية أهمية عظمى في النظم القانونية الحديثة فتوجد بجانب الاشخاص الطبيعية جماعات من الأشخاص تسمى تارة بالاشخاص القانونية أو المعنوية وتارة أخرى بالاشخاص الاعتبارية . ويتعلق بعضها بالقانون العام كاللولة وأقسامها الادارية ، مثل المدن والمجالس المحلية والقرى . ويخضع البعض الآخر للقانون الخاص كالنقابات والشركات التجارية الخ . وجميعا تتميز بشخصيتها عن شخصية كل عضو من أعضائها .

وقد كانت الفكرة المتقدمة وهي فكرة تمييز الجماعة ( universitas ) عن شخصية كل عضو من أعضائها ( singuli ) معروفة لدى الرومان بدليل قول أحد شراحهم ( Ulpian ) الوارد في الموسوعات ( Dig 3,4,7,1 ) « اذا كان هناك أمر واجب الأداء الى جماعة من الجماعات فان الاشخاص المكونين لهذه الجماعة لا يعتبرون دائتين بصفتهم الشخصية وكذلك لا يعتبرون مدينين شخصياً بما يجب على الجماعة المذكورة أدائه ، هذا النص يميز بوضوح بين شخصية الجماعة وشخصية أعضائها .

١٨٨ - الجماعات التابعة للقانون العام : لقد اعترف الرومان في أول الامر بالشخصية القانونية للدولة ، ثم لبعض المدن وهي الخاضعة لروما أو المتمتعة بحق

---

(١) رجع القوسع : Salicrú, De la personalidad jurídica, 1910, pp 45 - 160 ; Colu, Collegio e sodalitates, 1914 ; Costa Storia del diritto romano privato, 1925, pp 573 - 582; Cuq (Ed), Manuel, 1928 pp 114 - 120 ; Micolier, Pécule et capacité patrimoniale, 1932, pp 97, 120 ; G. Le Bras, les Fondations privées du Haut - Empire ( Studi Riccobono, III, 1933 ) .



الرعوية الرومانية مع احتفاظها بقوانينها، ثم للقري، وأخيراً لبعض العوائف المرتبطة بالإدارة، كجمعية الملتزمين بجمع الضرائب أو باستغلال المناجم، وفي عصر الإمبراطورية البيزنطية اعترف بهذه الشخصية لبعض المنشآت الدينية والخيرية، كالكنائس والمعابد والمستشفيات وملاجئ الأيتام.

١٨٩ - **الجماعات الأهلية**: كانت حرية إنشاء الجمعيات مطلقة في قانون الألواح الاثني عشر ثم قيدت في العصر الأخير من الجمهورية وأصدر الإمبراطور أغسطس قانوناً يعلق إنشاء هذه الجمعيات، ما عدا الدينية منها، على أخذ تصريح من مجلس الشيوخ ومن الإمبراطور، ويكون من أثر صدور هذا الترخيص اكتسابها الشخصية القانونية.

١٩٠ - **أهلية الأشخاص المعنوية**: لهذه الأشخاص أهلية قانونية أى لها اكتساب الحقوق والالتزام بالواجبات، ولكن أهليتها مقيدة. فلها اكتساب الأموال وحيازتها بكافة أنواع التصرفات النافذة حال الحياة (entre vifs) كذلك اعترف بالإبادة للبدن والجمعيات الأهلية (collegia) بحق قبول الوصايا.

إنما ليس لها بطبيعة الحال شيء من الحقوق العامة، أو حقوق العائلة كالحرية أو الانتخاب أو السلطة الأبوية أو الزواج، وما يتبعها من الحقوق العائلية، سوى حق تلقى الميراث بالوصية وحق الولاء على معتوقها. وكذلك الحال بالنسبة للجرائم، فإنه يشترط أن يكون مرتكبها من الأشخاص الحقيقيين كي يمكن توقيع العقاب.

وتختلف الأشخاص المعنوية عن الأشخاص الطبيعية من جهة أخرى في أن ليست لها الأهلية الفعلية، فهي بطبيعتها في حاجة إلى أشخاص حقيقيين يتولون شؤونها واستعمال حقوقها وأداء واجباتها، وهم حكام الدولة وموظفو المدينة أو القرية، ومديرو الجمعيات والأوقاف. ويكون تعيينهم وبيان اختصاصهم طبقاً لدستور كل شخص معنى (status).

١٩١ - **الأوقاف أو مجموعات الأعيان** (fondations) وهى عبارة عن مجموعات من المبالغ أو الأموال خصصت لأغراض معينة خيرية أو دينية أو علمية.

وقد اعترف لها القانون الامبراطورى بشخصية قانونية مستقلة. وكان ذلك في بادىء الامر بالنسبة للنبشآت الدينية وبالأخص للهبات الصادرة إلى الكنائس والمعابد، ثم اعترف بالشخصية القانونية للأموال المخصصة لأغراض خيرية، كالهبات الصادرة إلى الملاحياء المعدة للفقراء والعجزة والمرضى واليتام.



# الكتاب الثاني

في

## الأموال

الأشياء. الملكية ووضع البدل الأشياء المادية.  
صور الملكية المختلفة . أسباب اكتساب  
الملكية . دعوى الاسترداد ودعوى الملكية  
للبريتورية . حقوق الارتفاق .

## مقدمة

### في الأشياء والثروة أو الذمة

#### § ١ - في تعريف الأشياء وأقسامها

١٩١ - تعريف الشيء والمال : الشيء ( res, chose ) هو كل ما هو موجود في الكون ، سواء كان من الأشياء الجامدة أو الأشياء الحية ، على أن تكون له فائدة للإنسان . والمال ( bien ) ، ويطلق عليه في القانون الروماني لفظ ( res ) أيضا ، في اصطلاح القانون هو كل شيء نافع للإنسان يصح أن يستأثر به شخص دون غيره ، وبعبارة أخرى يملكه . وليس كل شيء مالا ، لكن كل مال شيء ، فالشيء جنس والمال نوع منه . فكل ما هو كائن في الوجود شيء كذا الشمس والقمر والهواء والبحار والانهار والنبات والاشجار والجماد . وكلها نافعة للإنسان ، لكنها لا تعد مالا ، إذ المرء لا يستأثر الا بالقليل منها وهذا هو المال .

ويقسم القانون الروماني الأشياء الى قسمين :

(١) أشياء داخلية في دائرة التعامل ( res in commercio )

(٢) أشياء خارجة عن دائرة التعامل ( res extra commercium )

١٩٢ - أولا : الأشياء الخارجة عن دائرة التعامل ( res extra commercium ) هي الأشياء التي لا يمكن أن تكون موضوع تصرف قانوني وبالتالي لا يمكن امتلاكها أو أن تكون محل ملكية فردية . وهذه الأشياء يمكن تقسيمها تقسيما ثانويا الى

١ - أشياء خارجة عن دائرة المعاملات لتعلق حق الآلهة بها ( res divini

juris )

٢ - أشياء خارجة عن دائرة المعاملات لتعلق حق العباد بها ( res humani juris )

فالأولى هي : ( أ ) الأشياء المقدسة ( res sacrae ) وهي المخصصة لعبادة الآلهة العليا ( dii superi ) مثل الهياكل والمعابد وأدوات العبادة .

( ب ) والأشياء الدينية ( res religiosae ) وهي المخصصة للآلهة الدنيا ( dii inferi ) وهم آلهة المنزل من الأجداد والأسلاف ومثلها المقابر . فالأرض التي يوجد بها القبر تصبح دينية وتخضع بذلك لقواعد خاصة ، فلا يمكن الاعتداء عليها ولكل فرد رفع دعوى انتهاك حرمة القبور على من يتعدى عليها .

( ج ) ويضاف إلى هذين النوعين الأشياء المحروسة أو المحمية ( res sanctae ) وهي ، وإن لم تكن مخصصة للآلهة ، كان لها صبغة دينية . مثل أسوار المدينة وأبوابها وحدود الحقول في العهد الوثني .

والثانية تنقسم إلى ثلاثة أقسام :

( أ ) الأشياء الشائعة ( res communes ) وهي الأشياء غير المحوزة المباحة بطبيعتها للكل ، ولذلك لا يمكن أن تكون محل ملكية فردية مثل الهواء والضوء وحرارة الجو والبحار وشواطئها .

( ب ) الأشياء العامة ( res publicae ) وهي المملوكة للشعب الذي تمثله الدولة . ولذلك كان لكل فرد حق الانتفاع بها مثل الأنهار وشواطئها والطرق العامة والعييد العموميين ويحرم على أي فرد امتلاكها لأنها خصصت للنفعة العامة .

( ج ) الأشياء المملوكة للجماعات أو الأشخاص المعنوية ( res universitatis ) مثل الاموال المملوكة للبلد فلكل مدينة أموال عامة مثل المسارح والملاعب والحمامات والميادين العامة .

١٩٣ - ثانيا : الأشياء الرافعة في المعاموت : ( res in commercio ) وهي الأشياء التي يمكن أن يملكها الافراد وتقدر قيمتها مالياً وهي الاموال بالمعنى الصحيح .

وقد قسم الرومان هذه الاموال إلى تقسيمات عدة نقلناها عنهم أهمها :

١٩٤ - التقسيم الأول : تحسم الاموال إلى منقولة ( meubles ) وثابتة أو عقار ( immeubles ) : فالمنقولة هي الاموال التي يمكن نقلها بدون تلف أو

ضرر كالنواب والرقيق . والأموال الثابتة أو العقار هي الأرض وملحقاتها من الأشجار والمباني القائمة عليها .

وتظهر فائدة هذا التقسيم في مواضع شتى أهمها :

( ١ ) في الوصاية : فلا يجوز للوصي كقاعدة عامة أن يتصرف في العقار (١) .  
( ٢ ) في وضع اليد المكسب للملكية : إذ تختلف المدة المقررة لاكتساب الملكية بالتقادم بحسب ما إذا كان المال منقولاً أو عقاراً ، فهي في الألواح الاثني عشر سنة للمنقول وستان للعقار . وقد عدل جستنيان المدة المذكورة لجعلها ثلاث سنوات في المنقول وعشرين سنة في العقار بحسب الاحوال كما سيأتي بيانه عند الكلام على التقادم .

( ٣ ) فيما يتعلق بطرق حماية وضع اليد : إذ تختلف الاجرامات ونوع الحماية باختلاف نوع المال .

( ٤ ) في حقوق الارتفاق : فحقوق الارتفاق العينية مقصورة على الاموال الثابتة أو العقار .

١٩٥ - التقسيم الثاني : أموال نفيسة ( *res Mancipi* ) وغير نفيسة ( *res nec Mancipi* ) : فالأموال النفيسة هي ، كما يعرفها ( *Gaius* ) ، التي تنتقل الملكية فيها بالاشهاد ( *Mancipatio* ) وتشمل الأراضي الايطالية وحقوق الارتفاق الزراعية المقررة عليها والمنازل والرقيق ودواب الحمل والجر . وما عدا هذا من الاموال فهو غير نفيس .

نلاحظ من هذا التعداد للأشياء النفيسة أنها مقصورة على الأراضي الزراعية والأشياء اللازمة لاستغلالها . وهذا يرجع إلى أن روما في عهدها الاول كانت بلداً زراعياً بحتاً ، فالقانون القديم لم يدخل في الاموال النفيسة إلا ما كان منها لازماً أو مفيداً لزراعة واستغلال الأراضي الرومانية (٢) .

(١) راجع مسبق نبذة ١٥٠ ص ١٢ و ٩٣

(٢) انظر حكمة هذا التفريق بين الاشياء في جبرار ، الطبعة الثامنة ، سنة ١٩٢٩ ، ص ٢٧٢ . ومونييه ، طبعة ١٩٣٥ ، ج ١ ص ٤١٨ .

أما الأموال غير النفيسة فتشمل الأراضي الخارجة عن إيطاليا ، أى الأراضي الإقليمية ، وحقوق الارتفاق المقررة عليها ، وتشمل أيضاً المنقولات بوجه عام كالفلل والنقود والحيوانات الأخرى غير حيوانات الجر والحمل كالأغنام والمعز ، وتشمل أيضاً بعض حيوانات تستخدم في الحمل والجر ولكنها كانت مجهولة في العهد القديم من الرومان كالابل والفيلة ، والسبب في اعتبارها من الأموال غير النفيسة أن نشوء هذا التقسيم كان سابقاً على تاريخ استخدام الرومان للحيوانات المذكورة . وتظهر فائدة هذا التقسيم في طرق نقل الملكية الاختيارية . فالأموال النفيسة لا يمكن تملكها إلا بأحد طريقين ، الأشهاد (mancipatio) والدعوى الصورية (in iure cessio) . أما الأموال الأخرى فكان يكفي الاتفاق مضافاً إليه التسليم (traditio) لنقل ملكيتها .

كذلك كان للمرأة البالغة حق التصرف في أموالها غير النفيسة بمفردها ولكن لم يكن لها ذلك في أموالها النفيسة إلا بإجازة وصيها (١) .

وقد بقي هذا التقسيم حتى جوستنيان . إلا أنه فقد كثيراً من أهميته تدريجياً كنتيجة لامتداد فتوح روما واتساع تجارتها مع ولاياتها المختلفة ، مما أدى إلى ظهور صور جديدة للثروة تتجه نحو الثروة المنقولة ، الأمر الذي حل ذلك الامبراطور على إلغاء التفرقة السابقة بين الأموال النفيسة وغير النفيسة .

١٩٦ - التقسيم الثالث : أموال مادية (res corporales) وأموال معنوية (res incorporales) : فالمادية هي التي لها وجود مجسم (corpus) يقع تحت الحس . والمعنوية هي التي ليس لها كيان مادي ولا وجود لها إلا في الذهن ، وهي تشمل كل الحقوق ما عدا حق الملكية ، فانه يلحق بالأشياء المادية . ذلك أن الرومان خلطوا بين حق الملكية ذاته ، وهو شيء معنوي ، ومحل الحق ، وهو شيء مادي . وقد أيدم العرف في ذلك ، إذ جرى الناس على القول بأن لفلان مثلاً المنزل المذكور بدلاً من القول بأن لفلان حق الملكية على المنزل المذكور . وتظهر أهمية هذا التقسيم في وضع اليد وفي طرق اكتساب الملكية المبينة على

وضع اليد كالتقادم والتسليم . فالأشياء المادية وحدها ( وبالأخص حق الملكية ) هي التي يمكن وضع اليد عليها وبالتالي اكتسابها بمعنى المدة ( usucapio ) أو التسليم ( traditio ) دون الحقوق الأخرى . وسنرى عند دراستنا لحقوق الارتفاق كيف رأى فقهاء الرومان في العصر الحديث إمكان وضع اليد على حق الارتفاق أسوة بحق الملكية ، فأجازوا بذلك اكتساب حقوق الارتفاق بمعنى المدة وبالتسليم بشروط خاصة سنها فيما بعد . ويقال لوضع اليد في هذه الحالة شبه وضع اليد ( quasi-possession ) وللتسليم شبه التسليم ( quasi-traditio )

١٩٧ - التقسيم الرابع : الأموال المتلّية ( res in genere ) وأموال

العينية أو القيمة ( res in specie ) : هذا التقسيم على العكس من سابقه تقسيم قانوني بحث لا يستند إلى أي اعتبار اقتصادي بل يرجع إلى طبيعة الأشياء ذاتها وإلى غرض المتعاقدين . فالأشياء المتلّية هي التي يقوم بعضها مقام بعض في الوفاء وتعرف بنوعها . بخلاف العينية فهي تعرف بذاتها وبصفات الخاصة مثل العبد القلاني وهذا الحصان .

وهذا التقسيم نسبي محض لأنه في بعض الأحوال قد ينظر إلى المثلث كشيء عيني أو ذاتي . مثل ما إذا أعرت صرافاً قطعة نقود أثرية لعرضها في واجهة محل فيعتبر هذا العقد عارية استعمال ( commodat ) لا عقد قرض لاعتبار المتعاقدين محل العقد ( قطعة النقود ) شيئاً عينياً لا مثلياً بالرغم من أن النقود من الأشياء التي يمكن استبدالها بغيرها . ويصح أن يكون الشيء القيمي مثلياً إذا شامت نية المتعاقدين ذلك كيبيع عدد من الرقيق أو الخيل .

وقائمة هذا التقسيم تظهر في أن الدائن يتحمل هلاك الشيء القيمي بمحاذنة قهرية قبل تسليمه وبرأ المدين من دينه . بخلاف التعاقد على شيء مثلي فإنه إذا هلك عند المدين قبل تسليمه وجب عليه تقديم مثله للدائن ولو كان هلاكه بمحاذنة قهرية وذلك لأن « المثليات لا تهلك » <sup>(١)</sup> بمعنى أنها يحل بعضها في مكان بعض .

ويقابل تقسيم الأموال إلى مثلية وقيمة تقسيمها إلى أموال تقدر بالعدد أو بالوزن أو المقاس سواء أكان بحسب طبيعتها أم طبقاً للعرف التجاري كالنقود والفلال



والنيزد والاقنسة ، وإلى أموال ذاتية أو معينة (corps certains) وهى ما تقدر قيمتها بصفاتها الخاصة بها كالصورة والمنزل والريق . وتظهر فائدة هذا التقسيم فى عقد عارية الاستهلاك ، فالأولى فقط هى التى يصح أن تكون حلا لعارية الاستهلاك لأنه يجب فيها رد المثل فى النوع والمقدار .

ويتبع التقسيم المتقدم تقسيم آخر إلى أموال تستهلك بمجرد استعمالها لأول مرة كالنيزد والزيت وهى فى الغالب أشياء مئيلة ، وإلى أموال قابلة للاستعمال المتكرر بالمنزل والريق وهى فى الغالب من القيميات . وأهمية هذا التقسيم تظهر فى حق الانتفاع فهو مقصور على ما لا يستهلك بمجرد استعماله .

١٩٨ -- التقسيم الخامس : تخمى ما ينتج من الشيء الاصلى الى ثمار (fruits) ومصاصوت (produits) : فالثمار هى ما ينتج من الشيء الاصلى وله صفة الدورية ( périodicité ) مثال ذلك المحصولات الزراعية وتاج الدواب وهذه هى الثمار الطبيعية . ويلحق بها الثمار المدنية ( fruits civils ) مثل فوائد المبالغ المقررة وايجار المنازل والاراضى . فهذه لها صفة الدورية ولكنها ليست ناتجة من طبيعة الشيء الاصلى أما المحاصلات فتختلف عن الثمار فى أن ليس لها صفة الدورية مثل نتاج الرقيقة ولذلك تعتبر جزءا من الشيء الاصلى وتكون للمالك الرقة بطريق التبعية بعكس الثمار فهى من حق المنتفع بالشيء الاصلى سواء أكان هو المالك أم المنتفع أم المستأجر أم واضع اليد بحسن نية ( possesseur de bonne foi )

## ٢ § — الثروة patrimonium, patrimoine

١٩٩ — الثروة أو الزمة : الثروة هى مجموع الحقوق والواجبات التى لها قيمة مالية لكل شخص . فمجموع الاموال المادية أو المعنوية التى يختص بها الشخص سواء أكانت حقوقا ( droits ) أم تكاليف ( charges ) يقال لها الثروة أو الزمة ( patrimoine ) .

وتتكون الثروة أو الزمة من جانب ايجابى (l'actif) وهى الحقوق (droits) وجانب سلبى ( le passif ) وهى التكاليف أو الديون (dettes) .

ولا تشمل الثروة ما ليست له قيمة مالية ، كحقوق العائلق والحقوق العامة . ولكن

الدعاوى التي تنشأ عن هذه الحقوق قبل من يتعدى عليها قيمة مالية وإن ذلك تحتسب عندئذ من مجموع ثروة الشخص .

ولكل شخص ، في القوانين المصرية ، ذمة أو ثروة ولو كان لا يملك شيئاً أو كان لا يملك شيئاً وعليه ديون ، فهي بمثابة قابلية لتحمل الحقوق المالية ولا داتها .

وتظهر أهمية فرض ثروة لكل انسان في ربط القانون أموال الشخص بديونه باعتبار أمواله ضامنة لديونه ، وبمقتضى ماللدائنين من حق الضمان المذكور على أموال مدنيهم ، يكون لهم الحق في الحيز عليها ويبيعها . وكل الدائنين سواء في هذا الحق المشترك بينهم ، الا اذا أخذوا ضماناً خاصاً ، فتكون الا ولوية لمن أخذ الضمان الخاص

واذا زاد الجانب الايجابي على السلبي كان صاحب الذمة موسراً ( solvable ) أى قادراً على الوفاء بالتزاماته . واذا زاد الجانب السلبي على الايجابي يقال عن صاحب الثروة أو الذمة إنه معسر ( insolvable ) أى عاجز عن سداد ديونه .

على أنه يلاحظ بأن فكرة الثروة بالمعنى المتقدم لم يعرفها الرومان في القانون القديم ، بل كان الاصطلاح ( patrimonium ) مقصوراً على الاموال المادية المملوكة لرب الأسرة فلا تشمل الديون الواجة عليه . بدليل أن أموال المتبني ( adrogé ) أو المرأة عند زواجها بالسيادة ( cum manu ) كانت تنتقل الى المتبني ( adrogeant ) أو صاحب السلطة على الزوجة دون أن يلتزم أحدهما بالديون الواجة على المتبني أو الزوجة . ولم يتقرر ربط الشخص بديونه الا بفضل تدخل البريتور الذي أوجب على المتبني والزوج أو صاحب السلطة عليه أداء ديون المتبني أو الزوجة لغاية قيمة الاموال التي آلت اليهما . وكان من أثر تدخل البريتور أن أصبح الاصطلاح منصرفاً الى كل الاموال التي يمكن تقديرها مالياً سواء كانت مادية أم معنوية وأصبحت ذمة الشخص شاملة للأشياء التي في ملكيته ، ولما له من الحقوق المعينة على أموال الغير ، ومن الحقوق الشخصية على الغير ، ولما عليه من الحقوق الشخصية للغير .

- ٢٠٠ — محرم ضريح دراسة الاموال : وسندرس الاموال أو بعبارة أخرى عناصر الذمة السابق يانها في أقسام ثلاثة :
- الأول - في الملكية باعتبارها أهم الحقوق العينية .
- الثاني — في الحقوق العينية الأخرى وبالأخص حقوق الارتفاق .
- الثالث — في الحقوق الشخصية أو الالتزامات ولاهية القسم الثالث سنخصص له الكتاب الثالث .

# الباب الأول

في الملكية ووضع اليد على الأموال المادية .

## الفصل الأول

تاريخ الملكية — صورها — خصائصها

### المبحث الأول — في تاريخ حق الملكية

٢٠١ — مقدمة : للملكية في روما تاريخ طويل إذ لم تنشأ منذ العصور الأولى على نظام واحد وهو نظام الملكية الفردية . وإنما اتخذت كما اتخذت عند الشعوب الأولى — صوراً شتى قبل ظهورها في صورة الملكية الفردية . فالشرائع الثلاث التي تحكم أوروبا في الوقت الحاضر — الشريعة الجرمانية والشريعة السلافية والشريعة الرومانية — ترجع تلك السلطة المطلقة على الأموال ، التي يعبر عنها بالملكية ، إلى الدولة . فالملكية الفردية — على الأقل بالنسبة للأموال الثابتة — كانت مجهولة لدى قدماء الجرمان ، وكانت ، حتى بعد ظهورها ، تعتبر منحة من الدولة . ولا أدل على ذلك من أن القانون الألماني الحديث ينظم نقل الملكية العقارية تحت إشراف السلطة القضائية . وكذلك الحال في الشريعة السلافية القديمة إذ لم يكن للأفراد على أراضي الدولة سوى حق الانتفاع ، ولم تظهر الملكية الفردية على العقار في بولونيا إلا ابتداء من القرن الثاني عشر ، وبقيت روسيا محكومة فيما يتعلق بالملكية العقارية بنظام يشبه ذلك النظام المستمد من العرف المتبع لدى القبائل الجرمانية .

(١) اقرأ ياناً موجزاً لتاريخ حق الملكية في هيفلان ، طبعة سنة ١٩٢٧ ، ج ١ ، ص ٤٢٥ - ٤٤٦ .

وراجع للتوسع ، « De Laveleye » ، في مؤلفه ، « La propriété et ses formes primitives » .

ولم تختلف الشريعة الرومانية في ذلك عن الشريعتين السابقتين ، ففي روما حتى عصر الجمهورية ، كانت الملكية الفردية مقصورة على الاموال المنقولة وغير معروفة بالنسبة للعقار .

نستفيد هذا من مدلول بعض الاصطلاحات القانونية ومن النظم القانونية للمعصور الاولى لروما .

( ١ ) فتلا عبارة ( familia pecuniaque ) ، وهي التي تطلق على مجموع الاموال ، تفيد من تركيبها اقتصار حق الملكية في الاصل على الاموال المنقولة ، لأن الكلمة الاولى ( familia ) تطلق على العبد والثانية ( pecunia ) على الدواب وكلاهما من الاموال المنقولة . وكذلك عبارة ( res mancipi ) وهي التي يعبر بها عن الاموال النفيسة مشتقة من كلمتين ( manu ) وتفيد اليد و ( capere ) وتفيد الاستيلاء أى الاستيلاء باليد ولا يتصور الاستيلاء باليد الا بالنسبة للمنقول .

( ٢ ) نستنبط هذا أيضاً من صور الدعاوى الرومانية والاعمال القانونية القديمة ، فكلها تنبئ بأنها انما صيغت بالنظر الى اموال منقولة . فتلا صورة دعوى الاسترداد القديمة ( sacramentum in rem ) تفترض وجود الشيء المتنازع عليه في مجلس القضاء حيث كان يلبسه الحصان ، وهذا لا يمكن تصوره الا بالنسبة للمنقول . كذلك الاشهاد ( mancipatio ) ، وهو طريق نقل الملكية على الاموال النفيسة ، كان يوجب على المكتسب القيام باجراءات معينة والتعلق بعبارات خاصة وهو عسك المال المبيع ، الأمر الذي لا يمكن تصوره الا بالنسبة للمنقول . وذلك أن المشتري كان يأتي في مجلس العقد ويمسك الشيء الذي تشتريه ويعلن في مجلس العقد أن هذا الشيء ملكه طبقاً للقانون الروماني ، ولم تستخدم الاجراءات السابقة بالنسبة للعقار الا بعد تحويلها والاستعاضة عن العقار في مجلس القضاء أو مجلس العقد برمز له .

٢٠٢ — أول صورة للملكية على العقار ( heredium ) : انما نلاحظ أن بعض فقرات قانون الألواح الاثني عشرة التي أمكن العثور عليها وحفظها ، ثبت وجود حق الملكية على العقار بالنسبة لبعض الاموال وهي المسماة بالاموال العائلية

( heredium ) . وهذه عبارة عن منزل الأسرة ( domus ) والأرض المملوكة به وهي نصف هكتار من الأرض . وهذه الاموال كانت ملكاً لرب الأسرة ، له ادارتها مدة حياته كما لو كان المالك لها ، وبعد موته تؤول الى ورثته من العصب وهؤلاء يسمون ورثة أنفسهم ( heredes sui ) . ومعنى العبارة المذكورة أنهم لا يكتسبون ملكية أموال الأسرة بطريق الارث من المتوفى ، بل باعتبارهم شركاء له في ملكيتها .

٢٠٣ — ظهر أموال جديدة للعائنة ( fundus ) : انما هذه الاموال كانت لا تكفي لتغذية الأسرة مهما قل عدد أفرادها . فكان لابد من وجود أراض أخرى خارجة عن مدينة روما يقوم الاهلون باستغلالها سواء أكان ذلك بزراعتها أم باستخدامها للرعى (١) .

وهذه الاموال كانت في الاصل ملكاً للعشيرة ( gens ) ، وكانت توزع على الاسر لاستغلالها بمعرفة رب الأسرة ، وبمعرفة أولاده وعملاته وورثته . الا أن توزيع هذه الأراضى على الاسر أصبح مستديماً ، بحيث استقلت كل أسرة بنصيبها ، يتوارثه أعضاؤها جيلاً بعد جيل ولا يعود الى القبيلة الا بانقراض الأسرة .

٢٠٤ — طبيعة حق رب الأسرة على هذه الاموال : لم يكن حق ملكية ، بل كان مجرد حق انتفاع . انما آلت اليه هذه الاموال أخيراً اما بطريق الاقطاع من الدولة أو بطريق الاستيلاء عليها بمضى المدة فصارت بذلك ملكاً له . ومن هنا نشأت الملكية الفردية بالنسبة للعقار .

## المبحث الثاني - في صور الملكية في العصر العلي

٢٠٥ — الملكية الرومانية ( dominium ex jure quiritium ) : الا أن الملكية الرومانية لم تكن جائزة لكل شخص ولا شاملة لكل شيء . بل كان لابد لقيامها من توافر ثلاثة شروط :

الاول : خاص بالمالك — يجب في المالك أن يكون رومانياً متمتعاً بالرعية

الرومانية : فغير الروماني كان محروما من حق التعامل (commercium) وبالتالي محروما من اكتساب الملكية .

الثاني : خاص بالشيء ذاته - يجب أن يكون المال ( إذا كان من الأموال الثابتة ) رومانياً أى موجودا بروما ، أو إيطاليا أى موجودا في إيطاليا . تخرج بذلك الأراضي الإقليمية .

الثالث : خاص بطريقة اكتساب الملكية - يجب أن تكون الملكية قد اكتسبت بإحدى الطرق المقررة في القانون المدني (Jus civile) كالأشهاد والدعوى الصورية . فإذا استخدمت طريقة أخرى لنقل ملكية مال من الأموال الرومانية ، بأن اكتفى المتعاقدان بتسليم المبيع إلى المشتري ، فإن الملكية لا تنتقل إلى هذا الأخير طبقا للقانون الروماني البحت بل تظل لصاحبها الأصلي .

٢٠٦ — صور الملكية المختلفة في العصر العلمي : لذلك وجدت في العصر العلي بجانب الملكية الرومانية صور أخرى للملكية يمكن حصرها في ثلاث :

(١) الملكية البريتورية (propriété prétorienne)

(٢) الملكية الإقليمية (propriété provinciale)

(٣) الملكية الاجنبية (propriété pérégrine)

§ ١ — الملكية البريتورية (La propriété prétorienne) (١)

٢٠٧ — هي أهم صور الملكية الاخرى بعد الملكية الرومانية وينص (Gaius) في كتابه للنظم (٢ ، ٤٠) على أن « الملكية قد تجزأ بحيث يكون لشخص الملكية (dominium) على شيء ما ، مع وجوده في مال شخص آخر (in bonis) » . ويعتبر هذا الأخير مالكا في نظر البريتور . فكانه قد يوجد على شيء واحد حقان لشخصين مختلفين ، لاحدهما الملكية الرومانية وللآخر الملكية البريتورية . وقد ظهرت هذه الصورة من الملكية في أوائل عهد الاجراءات الكتابية

(١) راجع (Appleton) في كتابه « Histoire de la propriété prétorienne et de l'action publicienne » جردان ، سنة ١٨٨٩ - ١٨٩٠ .

(procédure formulaire) للتخفيف من شدة القيود الشكلية . فنشأت في حالة عدم انتقال الملكية (dominium) نقص في الاجراءات الخاصة بنقل الملكية وهي حالة التصرف في مال نفيس (res mancipi) بطريق التسليم (traditio) ، كما إذا بيع عقار ايطالي أو رقيق أو أحد دواب الحمل أو الجر ، ولم يقيم الطرفان باجراءات الاشهاد أو الدعوى الصورية ، بل اكتفيا بالتسليم ، فالمشتري في الصورة المتقدمة لا يكتسب ملكية المبيع طبقا للقانون المدني (jus civile) وإنما يكون فقط في حالة تمكنه من اكتساب الملكية بمضى المدة (in causa usucapiendi) . غير أن البريتور تدخل للتخفيف من صرامة حكم القانون المدني البحث في الصورة المتقدمة بقرار أن البائع ، أو المسلم على وجه العموم (tradens) ، وإن بق المالك قانونا (jure civili) ، إلا أن المشتري أو المسلم (accipiens) يعتبر في الواقع كأنه المالك الحقيقي . ذلك أنه حرم وضع يده بوسائل شتى ضمنمت لهذا الأخير الاحتفاظ بما تحت يده ، وكان من نتيجة ذلك أن تقررت على نفس الشيء ملكية مدنية أو رومانية وملكية بريتورية .

٢٠٨ - وسائل حماية الملكية البريتورية : تقررت هذه الحماية بطريقتين إذ منح البريتور هذا المالك البريتوري دفوعا ( exceptions ) ودعاوى ( actions )  
١ . الرفع : يمنع من حصل على مال نفيس بطريق التسليم دفوعا يرد بها كل محاولة لاختذ المال من تحت يده .

وتظهر طريقة استخدام هذه الدفوع من التفصيل الآتي :

١ - باع شخص لآخر عبداً بطريقة التسليم ، طبقاً للقانون المدني يبقى العبد ملكاً لبايعه لكونه مالا نفيساً ، فإذا حاول البائع استرداد العبد بعد تسليمه بناء على هذا الاعتبار برفع دعوى الاسترداد (action en revendication) ، كان للمشتري أن يرد على دعواه المذكورة بما معناه « تطالبني برد الشيء اليك مع سبق تصرفك فيه وتسليمه الى - فأنت سيء النية ولذلك أطلب من البريتور أن يدمج في صيغة الدعوى البفع بالنش (exceptio doli) » ، فإذا أثبت المشتري صحة دفعه المذكور خسر البائع دعواه واحتفظ المشتري بالعبد .



٢ - اذا تصرف البائع في مثلنا السابق في العبد مرة ثانية الى شخص ثالث ونقل اليه حقه في الملكية بطريق الاشهاد ( *mancipatio* ) وجعل المشتري الثاني التصرف السابق فرفع دعوى الاسترداد على المشتري الاول للطالبة بالعبد . فليس للمشتري الاول أن يرد عليه بدفع العش قبله لحسن نيته . ولذلك منحه البريتور ، في هذه الحالة ، دفعا آخر يعرف بدفع الشيء المبيع والمسلم ( *exceptio rei venditae et traditae* )

ب - دعوى ملكية ( *action publicienne* ) : كذلك منحه البريتور غير الدفع المتقدم دعوى لاسترداد وضع يده ( *possession* ) على ماله إذا فقدته . وهي تشبه دعوى الاسترداد المقررة لحماية الملكية الرومانية . وسندرسها عند الكلام على وسائل حماية الملكية . ونكتفي هنا بالإشارة الى أن هذه الدعوى مبنية على افتراض أن المالك البريتوري قد أتم المدة القانونية لاكتساب الملكية بمضى المدة ( *usucapio* ) . اذ يطلب البريتور من القاضي الذي تحال عليه الدعوى أن يفصل فيها باعتبار أن المدعي أتم المدة القانونية على وضع يده ، وليس على المدعي أن يثبت بعد ذلك إلا أنه قد تسلم الشيء والسبب الشرعي الذي تسلم بمقتضاه ( *justa causa* ) .

#### § ٢ - الملكية الإقليمية ( *La propriété provinciale* )<sup>(١)</sup>

لم يكن من الممكن حتى القرن السادس لروما إنشاء حق ملكية على عقار بإيطاليا أو باحدى الولايات أو الأقاليم الرومانية ( *provinces* ) ، ولكن سرعان ما ألحقت العقارات الإيطالية ( *fonds italiques* ) بالعقارات الرومانية في الحكم وبقيت العقارات الإقليمية وحدها خاضعة لنظام خاص للملكية .

٢٠٩ - تسمية العقارات الإيطالية بالعقارات الرومانية : تم هذا في العصر السادس لروما نتيجة لعوامل شتى اقتصادية أكثر منها قانونية ، وبالأخص نتيجة كثرة منح الأراضي من الدولة الى الأفراد مع الاعتراف لهم بحق الملكية عليها .

(١) راجع في الملكية الإقليمية ( *Tenney Frank* ) في مقاله « *Dominium in solo provinciali* » المنشور في [ *Journal of roman studies* ] سنة ١٩٢٧ ، ص ١٤٢ - ١٦١ .

ولكن بقيت تحت يد الأفراد ، بجانب الاراضى المنوحة على الوجه السابق ، بعض أراض غير مزروعة ليس للأفراد عليها حق الملكية ، وإنما حق غامض يعبر عنه أحياناً بحق استعمال ( *usus* ) وأحياناً أخرى بوضع اليد ( *possessio* ) . إلا أن هذه الاراضى ألحقت بالأولى في الحكم وسويت أيضاً بالاراضى الرومانية من حيث خضوعها لنظام الملكية الرومانية . وقد تم هذا في القرن السابع لروما بمقتضى قانونين صدرا في هذا التاريخ<sup>(١)</sup> . وكان من نتيجة هذين القانونين أن اعتبرت جميع المقارات الايطالية من الاشياء النفيسة ( *res manicipi* ) وخاضعة لنظام الملكية الرومانية .

٢١٠ — وضع اليد على الاراضى اوقليمية : أما الاراضى التى بالاقاليم أو الولايات الرومانية ( *provinces* ) فقد بقيت حتى نهاية العصر العلى مملوكة للدولة ، غير أن الاراضى كانت في الواقع ملكاً للأفراد الحائزين لها فلم الانتفاع بها واستغلالها بل التصرف فيها ، فحقهم على الاراضى المذكورة مساو لحق الملكية وان كان لا يسمى بهذا الاسم . ويطلق عليه الشراح في العصر العلى اصطلاحات شتى ، فيعبرون عنه تارة بحق الاستعمال ( *usus* ) وتارة بوضع اليد ( *possessio* )<sup>(٢)</sup> .

وتمتاز الاراضى الاقليمية عن الاراضى الايطالية في أنها وحدها كانت خاضعة للضريبة العقارية ( *l'impôt foncier* ) ، وكذلك لا تنتقل الاراضى المذكورة بطريق نقل الملكية المقرر بالقانون المدنى ( *jus civile* ) ولكن بطريق نقل الملكية التابع لقانون الشعوب ( *jus gentium* ) وهو التسليم ( *traditio* ) كما أن الحق المقرر عليها تحميه دعوى مختلفة عن دعوى الاسترداد ( *rei vindicatio* ) وهى المقررة لحماية الملكية الرومانية .

٢١١ — تفسير نظام الاراضى اوقليمية ترمجيا : إلا أن نطاق الاراضى الاقليمية قد حد كثيراً ففتح بعض المدن والمستعمرات امتيازاً ( *jus italicum* )

(١) أهمها القانون الصادر في سنة ٦٤٣ لروما أو في سنة ١١٩ قبل الميلاد والقاضى بإعادة توزيع الاراضى - راجع جيرار ، التصوص ، ص ٤٦ . وكليك ، طبعة سنة ١٩٢٨ ، ص ٢٥٠ .

(٢) انظر ( *Gaius* ) في النظم ٢ - ٧

بمقتضاء سميت أراضيها بالأراضي الإيطالية . وصارت الأراضي الإقليمية التي تتمتع بهذا الامتياز كالأراضي الإيطالية من حيث قابليتها لأن تكون محل ملكية رومانية ( *dominium ex jure quiritium* ) ، ومن حيث جواز التصرف فيها بالاشهاد ( *mancipatio* ) وبالدعوى الصورية ( *in jure cessio* ) وللمالك حماية لحقه استعمال دعوى الاسترداد ( *rei vindicatio* ) .

٢١٢ — مفزع العقارات الإيطالية للضريبة العقارية : وفي نهاية القرن الثالث من الميلاد ساوى الامبراطور مكسيميان بين جميع الأراضي من الوجهة المالية ، أى من حيث خضوعها للضريبة العقارية بسبب ازدياد تكاليف الدولة الرومانية باتساع أرجاء الامبراطورية مما أظهر الحاجة إلى إيجاد موارد جديدة للدولة ، فعم الامبراطور المذكور نظام الضرائب وطبقه على الأراضي الإيطالية أسوة لما بالأراضي الإقليمية ، وبذلك زالت كل تفرقة مالية بين الأراضي الإيطالية والإقليمية . وظهرت عندئذ الفكرة الحديثة للأساس الذي يبرر فرض الضريبة العقارية ، فبعد أن كانت الضريبة العقارية قائمة على فكرة امتلاك الدولة للأراضي المقررة عليها الضريبة ( بدليل قصورها في الأصل على الأراضي الإقليمية ) ، أصبحت قائمة على واجب كل فرد في تحمل نصيبه من أعباء التكاليف العامة .

§ ٣ — الملكية الأجنبية أو ملكية الاجنبي ( *La propriété pérégrine* )  
يرجع ظهور هذه الصورة من الملكية إلى أن الاجنبي لم يكن متمتعاً بحق التعامل في روما ( *jus commercii* ) ، وبالتالي كان محروماً من اكتساب حق الملكية الرومانية ( *propriété quiritaire* ) ، فكان ما يمتلكه لا تحميه قواعد القانون المدني ( *jus civile* ) ، بل تحميه إما قواعد قانونه الوطنى ( *droit pérégrin local* ) أو قانون الشعوب ( *jus gentium* ) الذى كان يطبقه قاضى الاجانب في روما ( *præteur pérégrin* ) .

إلا أن هذه الصورة من الملكية قد اندثرت سريعاً فوالت تقريباً عقب صدور قانون الامبراطور كراكلا ( *Caracalla* ) في سنة ٢١٢ ميلادية ، الذى منح الجنسية الرومانية لجميع سكان الامبراطورية ما عدا بعض العتقاء ( *les déditices* ) .

## المبحث الثالث

### في الملكية في عهد جوستينيان وخصائص الملكية الرومانية

٢١٣ - نموذج نظام الملكية: زالت في عهد جوستينيان كل تفرقة عملية بين العقارات الإيطالية والعقارات الإقليمية لعدم وجود ما يبرر التمييز بينهما خصوصاً بعد تعميم نظام الضرائب العقارية وشموله الأراضي الإيطالية أسوة بالأراضي الإقليمية كما سبق بيانه. كذلك اختفت صورة ملكية الاجنبي بمنح الرعوية لجميع سكان الامبراطورية ما عدا بعض العتقاء منذ عهد كراكلا ، وللعتقاء أيضاً في عهد جوستينيان. وأخيراً زالت الملكية البريتورية مع زوال التفرقة القديمة بين الأشياء النفيسة (res Mancipi) والأشياء غير النفيسة (res nec Mancipi).

وهكذا توحد نظام الملكية في عهد جوستينيان بالنسبة لجميع الاموال وفي جميع أنحاء الامبراطورية وبالنسبة لجميع الرعية .

٢١٤ - طبيعة حق الملكية في قانونه جوستينيان وصفاً : هي ملكية فردية وحق مطلق (droit absolu) ودائم (perpétuel) .

٢١٥ - الملكية هي مطلق : الملكية في القانون الروماني حق مطلق (absolu) مقصور على صاحبه (exclusif) بمعنى أن للمالك أن يفعل بملكه ما يشاء، وأن يمنع الغير منه كلما شاء. وتتكون الملكية من عناصر ثلاثة يعبر عنها بالعبارات الآتية :

الاول (l'usus) أو (jus utendi) أي حق الاستعمال .  
الثاني (le fructus) أو (jus fruendi) أي حق الاستغلال أو الانتفاع .  
الثالث (l'abusus) أو (jus abutendi) أي حق التصرف .

حق الاستعمال (usus, jus utendi, droit d'user) هو الحق في استخدام الشيء في جميع وجوه الاستعمال التي أعد لها ، أي التي تفق مع طبيعته . بالنسبة للنازل بسكنها وبالنسبة للأرض بزراعتها ، وللحيوانات بركوبها ، ولثياب بلبسها .

وحق الاستغلال (fructus, jus fruendi, droit de jouir) هو حق الحصول

على حاصلات الشيء وعلى ثماره التي يكون قابلاً لانتاجها سواء في ذلك الثمار الطبيعية أو المدنية على النحو الذي فصلناه آنفاً .

وحق التصرف ( *jus abutendi, droit de disposer* ) يشمل جميع أعمال التصرف المادية بتغيير شكل الشيء أو إتلافه ، أو القانونية بالتنازل عن الحقوق التي للمالك كبيع الشيء . كله أو بعضه أو هبته أو تحميله حقوقاً عينية الخ .

لكن هذا الحق، وإن وصف دائماً بأنه حق مطلق، لم يكن كذلك في أى وقت من الأوقات . فقد خضع منذ العهد القديم لقيود شتى تقضى بتقييده . فيحوى القانون الروماني منذ قانون الاثنى عشر لوحاً قيوداً شتى للملكية .

وهذه القيود — وأكثرها مقرر بالنسبة للأموال الثابتة — بعضها مقرر لمصلحة الجار ، وبعضها مقرر للمصلحة العامة .

فمن القيود المقررة لمصلحة الجار أنه ليس للمالك أن ينتفع بكل عقاره، بل عليه أن يترك حول منزله أو حقله مسافة قديمين ونصف قدم بلا بناء أو زراعة، حتى يتكون بين المالكين مع ما يتركه الجار طريق عرضه خمسة أقدام . وقد زال القيود المذكور بالنسبة للباني بعد حريق روما عند غزوها بمعركة رجال الغال حوالي سنة ٣٩٠ قبل الميلاد . ومن ذلك أيضاً أنه يجب على المالك أن يحتمل امتداد شجرة جاره فوق أرضه بشرط أن يكون هذا الامتداد على ارتفاع خمسة عشر قدماً . ومن ذلك أيضاً أن يقبل مسيل المياه الطبيعية من أرض جاره المرتفعة (١) .

ومن القيود المقررة للمصلحة العامة الزام الملاك الذين تقع أملاكهم على الطريق العام أو الشوارع باصلاحها والعناية بها . ومن هذه القيود أيضاً تحريم هدم المباني لبيع أنقاضها الثمينة إلا بتصريح من الادارة وذلك بمقتضى قوانين صدرت من مجلس الشيوخ ( *senatus-consultes* ) في عصر الامبراطورية . ويظهر أنه كانت توجد عدة لوائح خاصة بتنظيم البناء في المدن على شكل وطراز مخصوص . كذلك نجد في القانون الروماني أمثلة كثيرة — لا يتكون منها نظام عام لنزع الملكية للمنفعة العامة — يجوز فيها نزع العقار من تحت يد مالكة لمصلحة عامة مقابل تعويض يدفع اليه أو بدون تعويض ما في بعض الأحوال (٢) .

(١) راجع أمثلة كثيرة من هذه القيود في جيرار ، طبعة سنة ١٩٢٩ ، ص ٢٧٨ و ٢٧٩ .

(٢) راجع المرجع المتقدم ص ٢٨٩ و ٢٨٠ .

٢١٦ - الملكية هي دائم ( droit perpétuel ) : حق الملكية حق دائم يبقى ما بقي الشيء المقرر عليه . فهو حق قابل للانتقال من شخص لآخر ، ولكنه لا يزول إلا لأسباب استثنائية . بخلاف سائر الحقوق الشخصية ( droits de créance ) التي تنقضى دائماً بالوفاء ( paiement ) ولا تنتقل بالتحويل كقاعدة عامة .

ويترتب على أن حق الملكية حق دائم أنه لا يجوز تعليق نقل الملكية على شرط فاسخ ( condition résolutoire ) أو تقييده بأجل مسقط ( terme extinctif ) إذ الملكية لا يمكن نقلها لأجل محدود ( ad tempus ) . إلا أن جوستينيان أباح فسخ نقل الملكية في حالتين :

أولاً : في الهبة المقيدة بشرط ( donation sub modo ) .

ثانياً : في الهبة بسبب الوفاة ( donation à cause de mort ) . وستسكلم عليهما عند الكلام على الهبة في كتاب الالتزامات .

ويترتب أيضاً على كون حق الملكية دائماً ، عدم سقوطه بمضي المدة كما تسقط الحقوق العينية الأخرى . فإذا لم يستعمل المالك ملكه ، ولم يعمل عملاً يظهر حقه ، فإنه لا يفقد ملكية ماله بسبب ذلك ، إلا إذا وضع آخر يده على ذلك المال وتملكه بالتقادم المكسب . ولكن في هذه الحالة لا يضيع المال على المالك لكونه لم يستعمل حقه ، وإنما يفقده لكون آخر تملكه بمضي المدة ، بشرط أن تتوافر فيه الشروط اللازمة لهذا النوع من أسباب التملك . هذا مع ملاحظة ما تقرر في عهد الإمبراطورية من حرمان المالك من أرضه إذا أهملها دون زراعة بحيث تصبح ملكاً لمن يستولى عليها ويزرعها مع إعفائه من الضريبة عشر سنين وذلك لتشجيع استغلال الأراضي البور .

ونبدأ الآن بدراسة أسباب اكتساب الملكية ووسائل حمايتها . إلا أن هذين الموضوعين يتصلان بنظرية وضع اليد ( possession ) ولذلك سنقدم دراستها عليهما .

## الفصل الثاني

### في نظرية وضع اليد (La possession des choses) <sup>(١)</sup>

٢١٧ — وجوب تمييز وضع اليد عن الملكية : يحسن قبل تعريف وضع اليد أن نستخلص معناه من مدلول اللفظ ذاته . فكلمة ( possessio ) مكونة من أصلين : الأول ( pot ) بمعنى السلطة ومنها ( potestas ) والثاني ( sessio ) بمعنى يقعد أو يرتكز ( s'asseoir ) . فكلمة ( possessio ) تفيد إذن قيام سلطة مادية على شيء .

هذه السلطة الفعلية تشبه كثيرا حق الملكية وكثيرا ما يخلط بينهما في اللغة العادية فيقول الإنسان « إني أحوز هذا الشيء » بمعنى « إني أملكه » . إلا أن الواقع أن الملكية ووضع اليد فكرتان مختلفتان يجب التمييز بينهما ، إذ يجب التمييز بين الحق ذاته وبين استعماله فعلا ، لأن المالك وإن كان في أغلب الأحيان هو الحائز للملكة إلا أن ملكه المذكور قد يكون في قبضة غيره ، وهكذا تكون الملكية لشخص ووضع اليد لشخص آخر . ففي حالة السرقة مثلا يفقد المالك الحيازة على ماله بخروجه من تحت يده والسارق لا يعتبر باستيلائه عليه مالكا بل يعتبر فقط حائزا له ( possesseur ) .

٢١٨ — الآثار القانونية لوضع اليد : غير أن وضع اليد وإن كان عبارة عن سلطة فعلية على الشيء إلا أنه تترتب عليه آثار قانونية شتى ومهمة :

١ — فوضع اليد هو الأساس الذي يبنى عليه اكتساب الملكية طبقاً لبعض الطرق المكتسبة للملكية :

(١) راجع في نظرية وضع اليد المراجع الآتية : —

Savigny, « Traité de la possession » 1re éd. 1803 ; traduction française 1886. De Ihering, Fondement de la protection possessoire, 1865 ; Oeuvres choisies, 1893, t. II, pp 213 - 263. Cornil' Traité de la possession dans le droit romain, 1905. Duquesne, Distinction de la possession et de la détention, thèse de droit, Paris, 1898. Albertario, la possession romaine, Rev. d'histoire du droit, t. x II, p 1-28.

(١) فالاستيلاء ( occupatio ) على مال مباح يكسب الحائز ملكية المال المذكور .

(ب) كذلك تنتقل الملكية في الأموال غير النفيسة ( res nec Mancipi ) بنقل حيازتها أى بالتسليم ( traditio ) .

(جـ) وأخيراً تكتسب ملكية الأموال النفيسة وغير النفيسة على السواء بوضع اليد عليها مدة معينة في القانون أى بالتقادم ( usucapio ) .

٢- حمى البريتور في روما والحاكم في الولايات (gouverneur de province) ابتداء من القرن السادس لروما وضع اليد ذاته باجراءات خاصة سميت بالأوامر ( interdicts ) .

٣ - وأخيراً لوضع اليد أهمية كبيرة ابتداء من العصر العلي فيما يتعلق بدعوى الاسترداد ، وهى الدعوى المقررة لحماية الملكية . إذ كان يتمتع واضع اليد طبقاً لاجراءات الدعوى المذكورة ، بمركز ممتاز ، باعتباره مدافعاً ( défendeur ) ، فلي المسترد - وهو من ليست له الحيازة - إثبات ملكيته وليس على واضع اليد سوى الانتظار .

٢١٩ - آثار أخرى لوضع اليد إذا اقترنه بحسن نية : لوضع اليد آثار أخرى إذا اقترن بحسن نية . وحسن النية هنا هو اعتقاد واضع اليد خطأ بأنه صار مالكا . فيوجد حسن النية مثلا إذا اشترى شخص شيئا من غير مالكة معتقداً أنه صار مالكا . فثل هذا المشتري لا يكتسب الملكية وان اعتقد أنه صار مالكا بل يعتبر فقط واضع يد حسن النية . ولواضع اليد حسن النية ، عدا المزاياء السابق الكلام عليها ، ما يأتى :

(١) يكتسب واضع اليد حسن النية الثمرات الناتجة من المال بانفصالها عنه كما سئرى ذلك عند الكلام على طرق اكتساب الملكية .

(٢) إذا فقد واضع اليد حسن النية وضع يده فله استرداده بالدعوى المسماة ( action publicienne ) كالمالك البريتورى (propriétaire prétorien) تماماً .

٢٢٠ - عناصر وضع اليد : يتكون وضع اليد تبعاً لفقهاء العصر العلي من



عنصرين : عنصر مادي وهو الحيازة المادية للشيء ( *détention* ) ويسمى أيضاً *( corpus )* وهو وجود الشيء تحت يد الشخص أو تحت تصرفه الفعلي ، وعنصر معنوي ويسمى النية ( *animus* ) . والصعوبة كلها هي في تعيين النية المذكورة اللازم توافرها في وضع اليد والتي تميز وضع اليد عن كل الحالات الفعلية الأخرى كالحيازة المجردة ( *la détention* ) . ويرجع السبب في قيام صعوبة المذكورة إلى قلب الامبراطور جوستنيان للنظريات المقررة في العصر العلي خاصة بوضع اليد .

٢٢١ - صور الحيازة المختلفة في العصر العلي : ففي العصر العلي كان لوضع اليد معان مختلفة وكان يدرس من وجوه عدة :

فأولاً من حيث التقادم ( *usucapio* ) : كان يسميه الشراح في هذا الخصوص باسم وضع اليد المدني ( *possessio civilis* ) وهو الذي يستند إلى عمل قانوني ، ويؤدي إلى اكتساب الملكية الرومانية بمضي المدة ، والنية ( *animus* ) هنا هي نية التملك ( *animus domini* ) أي نية الظهور على الشيء بمظهر المالك .

ثانياً من حيث استعمال وسائل حماية وضع اليد بنظام الأوامر : درس الشراح الرومان وضع اليد في ذاته لمعرفة الأشخاص الذين يحق لهم استخدام الأوامر ( *interdits* ) لحماية يدهم . وقد سماه الشراح عند نظرهم إليه من هذه الوجهة ( *possessio ad interdicta* ) لتمييزه عن وضع اليد المكسب للملكية بالتقادم . والنية هنا مختلفة عن النية اللازم توافرها في التقادم فهي ليست نية التملك ( *animus domini* ) ، بل هي نية وضع اليد ( *animus possidendi* ) ، أي نية واصل اليد حيازة الشيء والاحتفاظ به لحسابه الخاص .

ثالثاً : كذلك تصور قهاء العصر العلي صورة ثالثة أسموها بالحيازة الطبيعية أو المادية ( *possessio naturalis* أو *corporalis* ) . وهي الحيازة المجردة ( *la détention* ) ، فلهذا تميز ( *détenteur* ) اليد المادية على الشيء ( *corpus* ) ، وليست لديه نية وضع اليد ( *animus possidendi* ) أي نية الاحتفاظ بيده لحسابه الخاص . إذ هو يحوز الشيء بالنيابة عن الغير كالوديع والوكيل والمدير الخ . ولأنك لم يكن هؤلاء يتمتع بنظام الأوامر إذ هي من حق من يجوزون لحسابهم .

٢٢٢ — نصير موت مبتنيان : وقد خلط الامبراطور جستنيان بين هذه الصور الثلاث للحيازة بقصد تحويل هذا التقسيم الثلاثي إلى تقسيم ثنائي. فيز بين نوعين من الحيازة ، الحيازة المدنية (possessio civilis) والحيازة الطبيعية (possessio naturalis) وأدخل في الأولى الحيازة المحمية بنظام الأوامر والمسماة (possessio ad interdicta) كما أنه منح حق الانتفاع بالأوامر لبعض الحائزين حيازة مجردة. تحميم : وسندرس تباعا فيما يأتي كيفية اكتساب وضع اليد وكيفية فقده ووسائل حماية وضع اليد ولئن التمتع بوسائل الحماية المذكورة وما هي الحكمة من تلك الحماية .

## المبحث الاول - في اكتساب وضع اليد وفقده

٢٢٣ — اكتساب وضع اليد : يتكون وضع اليد من عنصرين ، عنصر مادي وعنصر معنوي. فإذا توافر هذان العنصران في شخص بالنسبة لشيء ما اكتسب وضع اليد على هذا الشيء .

وقد يكتسب الشخص وضع اليد على شيء ما إما بنفسه وإما بواسطة غيره. فيكتسبه بنفسه إذا توافر لديه العنصران المادي والمعنوي . ويكون ذلك بالاستيلاء على الشيء مع نية الاحتفاظ به لحسابه الخاص . فبالنسبة للقول بأن يستولى عليه وينقله إلى حيازته ، وبالنسبة للعقار بالدخول فيه وتعرف حدوده والظهور عليه بمظهر المالك بأن يقطع شجره مثلا ، أو إذا كان العقار في حيازة شخص آخر بأن يطرده منه .

وقد يكتسبه بواسطة غيره . فرب الأسرة منذ القانون القديم يكتسب وضع اليد بيد الأشخاص الخاضعين لسلطته كالعبد وابن الأسرة . ثم تصور امكان اكتسابه وضع اليد في العصر العلي بشخص غير خاضع لسلطته كالوكيل أو المستأجر أو المستعير أو المودع لديه. انما يشترط في الموكل أن يتوافر لديه العنصر المعنوي أي النية . واستثنى أخيراً من هذا الشرط ، وهو قيام النية في شخص واضع اليد ، حالة فائد الأهلية كالطفل والمجنون لعدم امكان توافر النية لديهما وكذلك

حالة الأشخاص المعنوية . فأصبح من الممكن اكتساب وضع اليد لمصلحة الأشخاص المذكورين بواسطة الأوصياء أو القوام عليهم ومديرى الأشخاص المعنوية متى توافر العنصران لديهم .

٢٢٤ - فقد وضع اليد : يفقد واضع اليد وضع يده بفقده أحد العنصرين أو هما معاً . فيفقد وضع اليد بفقد العنصرين معاً كما إذا هلك الشيء محل وضع اليد أو مات واضع اليد أو تصرف فى الشيء وسلبه إلى المتصرف إليه .

وقد يفقد وضع اليد بفقد الركن البادى وحده ، كهراب حيوان أبى . فواضع اليد يفقد وضع يده على هذا الحيوان بمجرد هروبه ، ولو كانت عنده نية الاحتفاظ به . ويستثنى من الحكم المتقدم المراعى التى لا تصلح للرعى إلا فى فصول معينة من السنة فوضع اليد عليها لا يمكن تصوره إلا بصفة متقطعة . وعليه لا يفقد واضع اليد وضع يده بمجرد تخليه عنها مدة الشتاء إذا كانت لا تصلح للرعى إلا فى فصول الصيف مثلاً .

وقد يفقد وضع اليد بفقد الركن المعنوى وحده كأن يهب واضع اليد العقار لآخر ويحفظ لنفسه بحق الانتفاع بهذا العقار ، فهو فى هذه الحالة قد فقد النية ولكنه احتفظ بالركن البادى وهو الحيازة . ومثل هذا ما إذا باع المالك واضع اليد عقاره واستأجره فى نفس الوقت من المشتري الجديد .

## المبحث الثانى - فى طرق حماية وضع اليد<sup>(١)</sup>

٢٢٥ - أوامر وضع اليد ( les interdits possessoires ) : يحمى القانون المدين الحالى وضع اليد بنظام من الدعاوى تسمى بدعاوى وضع اليد وأهمها دعوى منع العرض ( la complainte ) ودعوى استرداد الحيازة ( la réintégration ) . أما فى القانون الرومانى فقد كان وضع اليد محمياً بأجراءات خاصة تسمى بالأوامر ( interdits , interdicta ) . وهى أوامر كان يصدرها البريتور ، بماله من

(١) انظر للتوسع فى طرق حماية وضع اليد رسالة «Hamon» فى استرداد الحيازة « Le recouvrement de la possession en droit romain classique » ، ليون سنة ١٩٢٥ .

الولاية الادارية ( *imperium* ) ، لطرفي النزاع على مال من الاموال ، نقضى بابقاء الحيازة لوامع اليد وقت رفع النزاع اليه أو برد الحيازة لمن كان واضعاً يده على شيء اغتصب منه. فهي نوعان: أوامر لاستبقاء الحيازة، (*interdits conservatoires*) و (*interdicta retinendae possessionis causa*) وأوامر لرد الحيازة (*interdits récupératoires*, *interdicta recuperandae possessionis causa*) .

٢٢٦ — أوامر استبقاء الحيازة : يقصد بها استبقاء الحيازة لوامع اليد ومنع خصمه من التعرض له حتى يثبت أنه مالك . وأوامر هذا النوع اثنان ، الأول خاص بالمنقول ويسمى (*interdit utrobi*) والثاني خاص بالعقار ويسمى (*interdit uti possidetis*) . وقد سمي الامران المتقدمان كذلك نسبة الى العبارات الأولى من صيغ الأوامر المذكورة كما هي مدونة في منشور البريتور الدائم (*l'édit perpétuel*) . ويستفاد من عبارة الامرين المذكورين ، أنهما كانا يصدران إلى الطرفين المتنازعين معاً ، مما يدل على أن كلا منهما كان مدعياً أى يطالب بوضع اليد . ويكون النزاع على وضع اليد بينهما كقضية لدعوى الملكية ، فيفصل ابتداء فيمن يكون له وضع اليد في أثناء نظر النزاع على الملكية .

فبمقتضى الامر الأول وهو الخاص بالمنقول (*interdit utrobi*) يأمر البريتور بعدم التعرض لمن يكون قد حاز المنقول مدة أطول من غيره في السنة السابقة مباشرة على صدور الامر .

وبمقتضى الامر الثاني وهو الخاص بالعقار (*interdit uti possidetis*) يأمر البريتور بعدم التعرض لوامع اليد الحالي على العقار أى وقت صدور الامر .

أما يشترط فيمن يتنزع بهذه الأوامر أن يكون وضع يده غير معيب بالنسبة للخصم الذي ينازعه أو يتعرض له . وعيوب وضع اليد هي القوة والخلفاء والصفة العارضة . وبعبارة أخرى يشترط في واضع اليد الذي يريد دفع التعرض بالأوامر المتقدمة أن لا يكون قد سبق أن انتزع المال من الخصم بالقوة (*vi*) أو خفية (*clam*) أو استلبه منه بصفة مؤقتة (*precario*) . (١)

(١) الحيازة المؤقتة (*precario*) تنشأ عن اتفاق يقبضه عقد عارية الاستعمال ، يمتنعاه يسل المالك الى آخر مال لا انتفاع به مع وجوب رده اليه بمجرد طلبه ، وكان يلجأ الى ذلك رؤساء الاسر في القديم لمصلحة عتاقهم أو زوالهم . راجع جيرار ، مجلة سنة ١٩٢٩ ، ص ١٣٤ و ١٣٥ .

٢٢٧ — أوامر استرداد الحياة: أهمها اثنان وهما متعلقان بوضع اليد على العقار يقرر أحدهما جزاء لاستعمال القوة البسيطة ( *violence ordinaire* ) ويسمى ( *interdit unde vi cotidiana* ) . ويصدر لمصلحة واضع اليد على العقار الذي اغتصب منه عتوة . إنما يشترط فيمن يريد الاستفادة من الأمر المذكور أن يطلب رد الحياة في خلال السنة التالية للاغتصاب وألا يكون وضع يده هو معيياً . ويقرر الآخر منهما جزاء لمن اغتصب العقار باستعمال القوة المسلحة ويسمى ( *interdit unde vi armata* ) . فهو يصدر ضد من اغتصب بالقوة المسلحة عقاراً في حيازة آخر حتى يلزم برده الى واضع اليد وتعويضه عما أصابه من الضرر . ولا يشترط فيمن يستخدم الأمر الأخير الشرطان المتقدمان بل يجوز لمن اغتصب منه العقار بالقوة المسلحة أن يطلب رد الحياة ولو بعد سنة من الاغتصاب بل ولو كان وضع يده معيياً .

٢٢٨ — حماية وضع اليد في قانونه مستنيان — دعاوى وضع اليد : وقد استبدل بنظام الأوامر في قانون جستنيان نظام من الدعاوى الاستثنائية ( *actions extraordinaires* ) خاضعة لاجراءات خاصة ومستعجلة . فخلت محل أوامر استبقاء الحياة ( *utrubi, uti possidetis* ) دعوى واحدة في المنقول والعقار ويحكم دائماً فيها لمصلحة واضع اليد وقت رفع الدعوى . كذلك ادبجت أوامر استرداد الحياة ( *unde vi, de vi armata* ) في دعوى واحدة عرفت في بعض النصوص بلفظ ( *actio momentariae possessionis* ) ويشترط رفعها في خلال سنة من الاغتصاب ولكنها ممكنة حتى بالنسبة لمن كان وضع يده معيياً .

### المبحث الثالث - فيمن يتمتع بحماية وضع اليد

لا يتمتع بنظام الأوامر أو بدعاوى وضع اليد في قانون جستنيان سوى واضعي اليد ( *les possesseurs ad interdicta* ) دون الحائزين للشيء حيازة مادية مجردة ( *les détenteurs* ) .

٢٢٩ — من يعتبر واضع يد : يعتبر واضع يد :

١ — المالك إذا كان واضعاً يده على ملكه سواء أكانت ملكيته رومانية أم بريتورية أم أجنبية أم اقليمية . وله لحماية حقّه طريق دعوى الملكية وطريق دعوى وضع اليد وقد يفضل في بعض الأحيان سلوك الطريق الأخير .

٢ — واضع اليد حسن النية، ومثله من يتلقى الملك من غير مالك بحسن نية أى معتقداً أن المتصرف اليه مالك .

٣ — واضع اليد سئى النية الذى يحوز الشيء ولكن بدون سبب صحيح وبسوء نية ومثله السارق والغاصب .

٤ — الدائن المرتهن رهنًا حيازياً ( créancier gagiste ) بالنسبة للرهن المقدم اليه من مدينه ضماناً للدين .

٥ — الحارس القضاى ( dépositaire séquestre ) بالنسبة للعالم المتنازع عليه المودع عنده حتى يفصل فى دعوى الملكية لصالح أحد المتنازعين .

٦ — المستأجر لآجال طويلة كستأجر الأراضى الخراجية ( ager vectigalis ) والمحتكر .

٢٣٠ — الحائزونه ( les détenteurs ) : وعلى العكس من ذلك لا يعتبر غير من تقدم من واضعى اليد ، بل مجرد حائزين ، وبالتالي لا يستفيدون من نظام الاوامر . وهم

١ — المستأجر لآجال قصيرة إذ يعتبر حائزاً لحساب المالك .

٢ — المستعير ويعتبر حائزاً لحساب المعير .

٣ — المودع لديه العادى فلا يعتبر واضع يد بالنسبة للوديعة بل يبقى وضع اليد للمالك .

٤ — المتفع

٢٣١ — الفرق بين واضع اليد والحائز : لدى كل منهما الحيازة المادية ولكنهما يختلفان فى النية وعليه يجب علينا تحديد معنى النية اللازم توافرها عند واضع اليد .

لأنجد فى كتب الرومان حدا لهذه النية ، فحدها هو فى الواقع من صنع الشراح

المصريين . ويستند هؤلاء في ذلك الى نصوص من القانون الرومانى ولدنيا في هذا مذهبان .

فالمذهب الاول ويدافع عنه سافيني ( Savigny ) يقرر بأن النية الواجب توافرها في واضع اليد هي نية المالك ( animus domini ) ، فيجب أن يكون واضع اليد معتقدا أنه المالك ، أو ينوى الظهور على هذا الشيء ظهور المالك له . وهذه النية متوافرة في المالك وواضع اليد حسن النية وواضع اليد سيئ النية .

انما تعترض هذا الرأي صعوبة بالنسبة للأشخاص الآخرين كالدائن المرتهن والحارس القضائي والمحتر ، وقد اعتبرهم القانون الرومانى من واضعى اليد . ولكن سافيني ( Savigny ) تخلص من هذه الصعوبة بأن اقترض أن المالك في الحالات الثلاث السابقة تنازل عن وضع يده للمحتر والحارس القضائي والدائن المرتهن ، فلهؤلاء وضع اليد بطريق الاستعارة من المالك ( possession dérivée ) . وأما المذهب الثانى ويدافع عنه إهرنج ( de Ihering ) فيرى بأنه لا يشترط في واضع اليد سوى نية الاحتفاظ بالشيء . وهذه النية متوافرة بالنسبة لجميع الحائزين بما في ذلك المستأجر والوديع الخ . فكان يجب طبقا لهذا الرأي منح الأوامر لجميع الحائزين وهو ما يخالف ماقرره القانون الرومانى من وجوب التفرقة بين الحائزين وواضعى اليد الذين لهم وحدهم ميزة التمتع بنظام الأوامر . فكيف يمكن التوفيق بين هذا الرأي وهذه التفرقة . أو بعبارة أخرى كيف يرر إهرنج حرمان الحائزين كالمستأجر من التمتع بنظام الأوامر لحماية حيازته ضد تعرض الغير له ؟

يفسر إهرنج هذا الحرمان باعتبارات عملية ترجع الى الحالة الاجتماعية والاقتصادية عند الرومان . فهو يقول بأن المستأجر كان عند الرومان شخصا ضعيفا في حالة خضوع وتبعية بالنسبة للمالك وهو الشخص القوى ، لذلك روى من الأوفق أن تكون حماية وضع اليد للمالك لأنه أقوى وأقدر على منع تعرض الغير ، وحرمان المستأجر منها لأنه ضعيف .

وأما بالنسبة للمستعير والوديع فقد علل ( de Ihering ) حرمانها من الأوامر بأن كلا منهما ملزم قبل المالك برد الشيء ، فيجب ألا تمنحهما وسيلة يمكن استخدامها ضد المالك .

وهذا فيما يتعلق بتعيين النية وهو ما يحملنا على بحث موضوع آخر يتصل به وهو حكمة حماية وضع اليد ومشروعيته .

## المبحث الرابع - في حكمة حماية وضع اليد

من أهم المسائل معروفة ما الذى حمل البريتور على حماية واضعى اليد وقد يكون من بينهم غير المالك والمتعصب .  
اختلفت الآراء فى ذلك وأهمها مذهبان ، مذهب سافيني ومذهب اهرنج .

٢٣٢- مذهب سافيني ( Savigny ) : يرى سافيني أن الحكمة فى حماية الشارع واضع اليد ، ولو كان غير مالك ، ترجع لحرص الشارع على حفظ النظام والأمن ، بمنع كل شخص من الحصول على حقه بالقوة بدون اللجوء الى السلطة العامة ، سواء أكان معتدياً أم صاحب حق . فقد منح البريتور الأوامر الى واضع اليد لاعتقاده بوجود احترام الحالة المادية القائمة ، ومنع الأفراد من أخذ حقهم بالقوة ، فلو اضع اليد أن يحتفظ بوضع يده حتى يصدر حكم من السلطة القضائية .

٢٣٣- مذهب دى اهرنج : وقد رفض اهرنج الأخذ بنظرية سافيني مقررأ أن البريتور عند حمايته واضع اليد ، قصد حماية المالك ذاته . وقد يبدو هذا الرأى غريباً لأول وهلة ، إذ قد توجه أوامر وضع اليد ضد المالك فى بعض الأحوال وقد تفيد السارق والغاصب . غير أن اهرنج رد على هذا الاعتراض بأن هذه الأحوال نادرة والنادر لا حكم له . أما الغالب فى واضعى اليد أنهم مالكون ، وهم من قصد البريتور حمايتهم عند منحه أوامر وضع اليد . فقد يفضل المالك لحماية حقه على ملكه استخدام الأوامر على رفع دعوى الاسترداد . إذ يجب عليه عند رفع دعوى الاسترداد إثبات ملكيته وهو أمر شاق ، فلا يكتفى فيه أن يثبت سبب ملكيته ، بل يجب عليه إذا كان قد اكتسبها بطريقة نافذة للملكية ، أن يثبت أن سلفه كان مالكا للال الذى اكتسبه منه ، وأن سلفه كان مالكا له كذلك وأن يستمر فى سلسلة الإثبات على هذه الصورة حتى يصل إلى سلف كان قد اكتسب هذا المال



بطريقة منشئة للملكية أو كان قد تملكه بمضى المدة . ولذا كان أصلح للمالك أن يطرق باب الوسائل المقررة لحماية وضع اليد ، إذ يكفي لتجاحه في إعادة ما اغتصب منه إلى يده ، أن يثبت وضع يده عليه مدة سنة أو مدة أطول من خصمه في السنة الأخيرة . ولا شك في أن إثبات وضع اليد ، وهي حالة مادية ، أمر بسيط لا يقاس بجانب عبء إثبات الملكية . فكان الأصل في حماية وضع اليد إنما هو حماية الملكية بطريق أسهل من إثبات الملكية .

٢٣٤— أثر النظرية الرومانية في الشرائع الحديثة : أخذت الشريعة الفرنسية<sup>(١)</sup> وكذلك كل الشرائع التي استمدت أحكامها منها ( كالشريعة البلجيكية واليطالية والمصرية ) بالفرقة بين وضع اليد والحيازة العرضية . فوضع اليد (possession) هو الحيازة الفعلية للشيء بنية تملكه أو بنية استعمال حق عيني عليه . وتعرف الحيازة العرضية ( détention ) بأنها حيازة الشيء مجرداً عن النية . ولذلك لا يتمتع الحائزون ( détenteurs ) مثل المستأجر بدعاوى وضع اليد . غير أن في هذا تطويل للاجراءات بدون موجب . لذلك جرى العمل في فرنسا على اشتراط التنازل عن دعاوى وضع اليد للمستأجر حتى يتمكن من حماية يده عند التعرض له في الارتفاع بالشيء المؤجر دون الحاجة إلى الالتجاء إلى المؤجر بقصد دفع التعرض عنه . أما الشرائع الحديثة ، كالقانون الألماني والسويسرى<sup>(٢)</sup> ، فلم تأخذ بهذه التفرقة بين واضع اليد والحائزين بل منحت جميع الحائزين دعاوى وضع اليد بلاميز بينهم .

(١) المواد ٢٢٢٨ ، ٢٢٢٩ ، ٢٢٣٠ من القانون المدني الفرنسى والمادة ٢٣ من قانون المرافعات الفرنسى -

(٢) راجع لقانون المدني الألمانى مادة ٨٠٨ والسويسرى بالمادة ٩٢٠ ( ١ )

# الفصل الثالث

## في طرق اكتساب الملكية<sup>(١)</sup>

٢٣٥ — تمهيد ونحسيم : قد تكتسب الملكية على شيء من مالكة السابق، وقد تكتسب على مال مباح لم يكن له مالك من قبل، فطرق اكتساب الملكية من النوع الأول تسمى طرقاً ناقلة للملكية ( modes dérivés ) وهي تنقل الملكية بقيودها العينية المقررة في عهد المالك السابق، وطرق النوع الثاني تسمى منشئة للملكية ( modes originares ) وهي تكسب الملكية خالية من أى حق عليها لغير المالك .

وتنقسم الطرق الناقلة للملكية بدورها إلى اختيارية واجبارية تبعاً لما إذا كان نقل الملكية بإرادة المالك السابق أو رغماً منه . والطرق الاختيارية ثلاثة هي الاشهاد ( mancipatio ) والدعوى الصورية ( in jure cessio ) والتسليم ( traditio ) والاجبارية أيضاً ثلاثة وهي التقادم ( usucapio ) وحكم القاضي أو قرار البريتور ونص القانون .

ويمكن تقسيم طرق اكتساب الملكية من وجهة أخرى إلى طرق عامة ( modes universels ) ، وهي الشاملة لذمة الشخص أو لجزء نسي منها كالنصف أو الثلث وهذه تفيد نقل الأموال بما عليها من الديون ، وإلى طرق خاصة ( modes particuliers ) وهي المقصورة على نقل شيء أو أشياء معينة من أموال الذمة دون نقل الديون .

وكذلك يمكن تقسيمها من وجهة أخرى إلى طرق ناقلة للملكية في أثناء الحياة ، خاصة كانت أو عامة ، كالمبة بمال معين أو كبيع أموال المفلس ، وإلى طرق ناقلة للملكية بعد الوفاة ، عامة كانت أو خاصة ، كالميراث أو الوصية بأموال معينة .

وستنصر دراستنا على الطرق الخاصة المكسبة للملكية حال الحياة بنوعها الناقلة والمنشئة.

## المبحث الأول - في الطرق المنشئة للملكية

هذه الطرق هي :

(١) الاستيلاء (occupatio)

(٢) التوزيع (specificatio)

(٣) تملك الثمرات (acquisition des fruits)

(٤) التبعة (accessio)

وكل هذه الطرق منشؤها قانون الشعوب (jus gentium) <sup>(١)</sup>

### § ١ - الاستيلاء (occupatio)

٢٣٦ - تعريف : هو الصورة الصحيحة لاكتساب الملكية بطريقة منشئة لها ، وهو عبارة عن وضع اليد على شيء غير مملوك لأحد ، بقصد تملكه . فبمجرد الاستيلاء على الشيء يكتسب الشخص ملكيته ما دامت لديه نية التملك .

٢٣٧ - تطبيقات : ويشترط لتطبيق القاعدة المذكورة توافر شروط ثلاثة :

(١) أن يكون هناك وضع يد

(٢) أن يكون المال الذي حصل وضع اليد عليه لا مالك له

(٣) أن يكون وضع اليد بنية التملك

ولا يتصور الاستيلاء إلا على الأشياء المباحة (res nullius) وأكثرها من الأموال المنقولة . وإليك بعض التطبيقات للاستيلاء في قانون جوستيان :

(١) يجوز الاستيلاء على العقارات التي تكون بفعل الطبيعة دون أن تكون ملحقة بعقارات أخرى وتنشأ في عرض البحار وكذلك اللائق . والأحجار الكريمة إذا وجدت في قاع البحر أو على شاطئه ،

---

(١) وأصبحت من طرق اكتساب الملكية المدنية منذ أوائل الإمبراطورية على الأقل فيما يتعلق بالأموال غير النفيسة وبالنسبة لجميع الأموال في عهد جوستيان .

(٢) كذلك الحيوانات المتوحشة فيتملكها الشخص بصيدها ( la chasse ) سواء أحصل هذا الصيد في أرض مملوكة له أم في أرض مملوكة للغير ولكن في هذه الحالة للمالك أن يطالب الصائد بالتعويض عن الأضرار التي تكون قد لحقت بأرضه من جراء دخوله فيها للصيد .

وذلك بعكس الحيوانات الأليفة فلا يتملكها الشخص بحيازتها ولو خرجت عن حيازة مالكها الأصلي إذ تبقى الحيوانات المفقودة ملكاً للمالك الأصلي ، ويعتبر الحائز لها بسوء نية سارقاً .

(٣) وتعتبر الأسلاب وغنائم الحرب من الأشياء المباحة ، مع ملاحظة أن هذه الأسلاب أو الغنائم الناتجة من حرب نظامية لا تعتبر مالا مباحاً لمن استولى عليها ، إذ هي ملك للدولة التي تتولى فيما بعد توزيعها أو بيعها .

إنما يمكن تصور تملك فرد لشيء منقول مملوك لعدو بطريق الاستيلاء في صورة واحدة وهي حالة ما إذا قام نفر أو جماعة أو عصاية من الرومان بالسلو على القبائل البربرية المجاورة لحدود روما واستولوا على أموالهم . فمثل هؤلاء البرابرة يعتبرون من الأعداء إذ ليس بينهم وبين روما أية معاهدة وأموالهم كأشخاصهم حل لمن يستولى عليها .

(٤) الكنز (trésor) وهو كل شيء نفيس مخبأ أو مدفون في الأرض وليس في مقدور أي شخص أن يثبت ملكيته له ويعثر عليه بمحض المصادفة . فإذا اكتشف المالك كنزاً بأرضه ملكه .

ولكن اختلف الشراح في بيان السند القانوني الذي ينهي إليه تملك الشخص الذي يجد كنزاً في أرضه . فيرى بعضهم أنه يتملكه بطريق الاستيلاء عليه ويرى البعض الآخر (١) ، ورأيهم هو الأرجح ، أنه يتملكه بطريق التبعية باعتباره جزءاً أو تابعاً للأرض التي يملكها . وتظهر أهمية التفرقة بين الرأيين المتقدمين في أنه يشترط في الرأي الأول استيلاء المكتشف على الكنز بالفعل ولا يكفي الاكتشاف وحده كما في الرأي الثاني .

(١) انظر كريك ، طبعة سنة ١٩٢٨ ص ٢٨٠

وأما إذا كانت مكتشف الكنز غير مالك للأرض التي وجد بها فقد كان المستقر عليه قبل عهد الإمبراطور أدریان أن يذهب الكنز للمالك الأرض وليس للكشف عليه أى حق . ولكن الإمبراطور أدریان غیر هذا الحكم ففتح المكتشف نصف الكنز تشجيعاً له واعترافاً بفضلہ .

وقد اختلف الشراح أيضاً في تكييف السند القانوني الذي يستند إليه تملك المكتشف لنصف الكنز . فبعضهم يرى أن المكتشف يملك نصف الكنز بحكم القانون مكافأة له على اكتشافه المذكور ، بينما يرى البعض الآخر أنه يملكه بطريق الاستيلاء باعتباره مالا مباحاً ( *res nullius* ) .

(٥) وهناك تطبيق آخر للاستيلاء يتعلق بالأشياء المتروكة ( *res derelictae* ) وهي الأموال المنقولة أو الثابتة التي تنازل أصحابها عنها بإرادتهم . وحكمها في عصر جوسنيان أن من يستولى عليها يملكها باعتبارها مالا مباحاً . وقد وجد في العصر العلي تعليل آخر لهذه الحالة وهو أن الشخص الذي تنازل عن ملكه بتركه إياه إنما يسلبه بهجره له وتركه إلى شخص مجهول فمن يستولى عليه يملكه بطريق التسليم ( *traditio* ) من المالك الأصلي . وتظهر أهمية التفرقة بين الرأيين في أن المالك طبقاً للرأى الثاني لا يفقد ملكيته على الشيء بمجرد تركه ، بل لا بد من استيلاء شخص آخر عليه .

#### § ٢ — التحويل أو التوزيع ( *specificatio* )<sup>(١)</sup>

٢٣٨ — التعريف : التوزيع هو تغيير نوع الشيء بالصنع ويحصل بإيجاد شيء جديد ( *nova species* ) كتحويل العنب إلى خمر والزيتون إلى زيت والخشب إلى كراسي والسيكة إلى حل .

وتظهر أهمية هذا البحث في حالة اختلاف الصانع عن المالك للمادة الأولية وعدم الاتفاق بينهما . فلن تكون ملكية الشيء الجديد؟ أم للمالك المادة الأولية أم للصانع الذي أوجد الشيء الجديد؟

(١) راجع في التوزيع R. Piccard, Recherches sur l'histoire de la spécification, thèse  
Lausanne, 1926 ; L. Falicetti, L'emploi du terme *forma* (Mélanges Paul Fournier, 1929, pp. 224-228)

٢٣٩ — قواعده: قد كانت لاختلاف نظريات فلاسفة اليونان من حيث نظرم الى جوهر الاشياء تأثير كبير في تقرير أحكام التوزيع. ذلك أن أرسطو وأتباعه يرون أن ما يميز في الاشياء هو مظهرها أو شكلها (forme)، بينما يرى الرواقيون (les stoiciens) أن المهم فيها هو المادة (matière) التي تتكون منها هذه الأشياء.

وكان لاختلاف فلاسفة اليونان هذا أثره في اختلاف آراء فقهاء الرومان في العصر العلي. فالسابينيون (Sabinians)، وقد تأثروا بالمذهب الصوفي، ذهبوا إلى القول بأن الشيء الجديد ملك لمالك الشيء الأصلي، فالتبذير يعتبر ملكاً لمالك العنب لأنه استخرج منه. ويرى البروكليان (Proculians) عكس ذلك، فهم يقررون بأن الشيء الجديد يكون ملكاً للصانع، لأن المهم في هذه الحالة هو شكل الشيء أو صورته الجديدة التي خلقها الصانع لا المادة المتكون منها، فيكون التبذير على ذلك لصانعه لا لمالك العنب بطريق الاستيلاء (occupatio) باعتبار الشيء المصنوع في صورته الجديدة شيئاً جديداً لم يكن له مالك بعد أو بناء على أن الشيء المصنوع يكون ملكاً لمن أوجده وهو الصانع.

إلا أن جستينيان لم يأخذ بأحد الرأيين السابقين، بل اختط سبيلاً وسطاً وفرق بين حالتين: حالة التوزيع الكامل (spécification parfaite) وحالة التوزيع الناقص (spécification imparfaite). ففي حالة التوزيع الكامل، حيث يتكون شيء جديد لا يمكن اعادته إلى أصله كحالة التبذير والزيت، يندثر الشيء القديم بما عليه من الملكية عند صنع الشيء الجديد، ويصير الشيء الجديد ملكاً للصانع (spécificateur).

أما في حالة التوزيع الناقص، أي في حالة ما إذا أمكن إعادة الشيء الجديد لأصله كما إذا حولت سبيكة من الذهب إلى آنية إذ يمكن إعادة الآنية الذهبية إلى أصلها، يكون الشيء الجديد ملكاً لمالك الشيء الأصلي على أن يعرض الصانع عن الزيادة في القيمة بسبب عمله.

§ ٣ — اكتساب الثمرات (Acquisition des fruits)

٢٤٠ — الثمرات للمالك: القاعدة العامة أن منتجات الشيء ملك لصاحبه

سواء أقيمت متصلة به أم انفصلت عنه، وسواء أكانت من الحاصلات (produits) أم من الثمرات (accessio). فإذا كانت متصلة بالشيء فتعتبر جزءاً منه، أما إذا فصلت عنه فالمالك يملكها بطريق التبعية (accessio) لأنها تعتبر تابعة للشيء الأصلي (accessio cedit principali ; accessorium sequitur principale).

٢٤١ — تملك المستأجر والمتنفع الثمرات : إنما قد تكون الثمرات لغير مالك الشيء المئزر أما بناء على حق عيني كالانتفاع أو حق شخصي كالأجارة أو بناء على مجرد وضع اليد على الشيء الذي أنتج الثمرات كما هو حال واضع اليد حسن النية (posesseur de bonne foi) على أنه يجب التمييز بين المستأجر والمتنفع من جهة وبين واضع اليد حسن النية من جهة أخرى من حيث كيفية اكتسابهم الثمرات ومن حيث الأساس القانوني لتملكهم هذه الثمار .

ذلك أن المستأجر والمتنفع يكتسبان ملكية الثمار بالجني (perception) أي بالاستيلاء عليها فضلاً ، ولا يكفي في ذلك انفصالها بفعل آخر غير الجني . فإذا سرقت وهي متصلة بالأرض فللمالك الأرض وحده حق استردادها من السارق باعتباره المالك لها وعليه ردها بعد ذلك إلى المستأجر أو المتنفع .  
أما عن الأساس القانوني الذي يبنى عليه امتلاكهما الثمرات فيقول الشراح إن المتنفع يملك الثمرات بنوع من الاستيلاء (occupation) بناء على حقه العيني . أما المستأجر ، وحقه شخصي وليس له سوى الحيازة العرضية ، فله الثمرات بطريق التسليم (traditio) من المالك .

٢٤٢ — واضع اليد حسن النية : أما واضع اليد حسن النية فيتملك الثمرات بمجرد انفصالها عن الشيء المئزر (par la séparation) وقبل أن يجنيها لنفسه أو يستحوذ عليها ، بحيث إذا فصلت بسرقة الغير فواضع اليد له استردادها ورفع دعوى السرقة دون المالك . وبنوا هذا الحكم على أن واضع اليد محق في تملك الثمرات التي أنتجها عمله في مقابل تعهده الشيء بالعناية والزراعة (Pro cultura et cura) ، وعلى أن واضع اليد حسن النية رتب نظام معيشته على هذه الثمار معتقداً أن الشيء ملكه فإذا استرد المالك ملكه بعد ذلك فليس له أن يطالب واضع اليد بالثمار السابقة أو بقيمتها .

هذا هو الحكم الذى انتهى إليه القانون الرومانى فى عصر الامبراطورية ، ولكن الحكم قبل هذا العصر كان مختلفاً . قديماً كان واضع اليد حسن النية لا يملك الثمرات إلا بمضى المدة المقررة لاكتساب المنقول بطريق التقادم على جنبها . وأما فى عصر جستنيان فان واضع اليد حسن النية وإن كان يملك الثمرات بانفصالها إلا أن الامبراطور المذكور فرق بين الثمرات التى استهلكها واضع اليد بالفعل وبين الثمرات الباقية عنده . فقرر أن للمالك الذى يسترد ماله ، الحق فى استرداد الثمرات الباقية دون المستهلكة . وهذا التفريق بين الثمرات المستهلكة والثمرات الباقية منتقد كثيراً من الباحثين فى القانون الرومانى لوجود الحكمة التشريعية فى النوعين (١) .

#### § ٤ — التبعية أو الاضافة أو الالتصاق ( Accessio )

٢٤٣ — افقاعة العامة : الالتصاق أو إضافة المملقات للملك سبب من أسباب التملك ، بمقتضاء يملك صاحب الشيء ما اتحد به اتحاداً يتعذر معه فصله منه بغير تلف .

والأصل أنه اذا اتحد شيان فانه يكون للملكيهما الحق فى طلب فصلهما . ولكن إذا كان هذا الفصل غير ممكن أو يترتب عليه تلف فان القانون يحول مالك الشيء الاصلى ( la chose principale ) أن يملك الكل ، ويعطى صاحب الشيء التابع ( la chose accessoire ) الذى اتحد بالشيء الاصلى تعويضاً ، على الأقل فى الأحوال التى لم يكن فيها سبب الالتصاق بقصد منه .

وقد نقلنا هذا المبدأ المقرر فى القانون الرومانى إلى تشريعاتنا باعتبار أن كل ما يلتحق بالملك يكون مملوكاً لصاحب الملك المذكور .

والالتصاق على أنواع ثلاثة :

(١) التصاق عمار بعمار كالطمي (٢) والتصاق منقول بعمار كالبنا (٣) والتصاق منقول بمنقول كاختلاط كيتين من الغلال .

فيصير الشيء التبعي ( chose accessoire ) ملكاً لصاحب الشيء الاصلى

(١) راجع جينار ، طبعة سنة ١٩٣٤ ، الجزء الاول ، ص ٣٩٢ .



( chose principale ) سواء أكان ذلك في حالة التصاق عقار بعقار أم منقول بعقار أم منقول بمنقول .

٢٤٤ — الحالة الأولى : التصاق عقار بعقار — يحصل ذلك في حوادث التغير التي تقع بفعل تيار المياه في الأنهار العامة بالنسبة للأراضي الواقعة على شواطئها وصورها أربعة :

الأولى : طمي البحر ( alluvio ) .

والثانية : طرح البحر ( avulsio ) .

والثالثة : الجزر المكونة في وسط النهر .

والرابعة : مجرى النهر المتروك أو المهجور ( lit abandonné ) .

الصورة الأولى : طمي البحر ( alluvion ) : هو الزيادة التي تحصل تدريجياً وبصفة غير محسوسة بما يضيفه النهر من الطمي إلى الأراضي المجاورة له ، فهو عبارة عن التربة المكونة بجانب الأرض تدريجياً بفعل التيار الطيحي بما تضيفه المياه إلى الأرض أو بما يتركه المجرى من الشاطئ عند انسحابه إلى الشاطئ الآخر . فهذه الزيادة تكون ملكاً لأصحاب الأراضي التي التصقت بها .

الصورة الثانية : طرح البحر ( avulsio ) : هو قطع من الأرض يفصلها النهر بقوة جريانه ويضمها إلى أرض أخرى مقابلة . فهذه الأراضي تبقى ملكاً للمالكين الأصليين حتى تثبت جنود الأشجار التي كانت هائمة عليها في الأرض التي التصقت بها . فإذا أهمل مالكها الأصلي في المطالبة بها مدة تكفي لتثبيت الجنود فيها فإنها تصبح تابعة لها وملكاً للمالك الأرض التي التصقت بها .

الصورة الثالثة : الجزر المكونة في وسط النهر : وهي التي تنشأ في مجرى النهر من تراكم الطمي ، وتكون ملكاً لأصحاب الأراضي المقابلة للجزيرة .

وقد تصور الرومان توزيع الجزيرة على أصحاب الأراضي المقابلة خطأ وهياً يشق النهر قسمين متساويين فيمنح أصحاب الأراضي المجاورة ما يقع من الجزيرة في النصف المقابل لأرضهم .

ويجب التمييز بين الجزر التى تكونت بفعل تراكم الطمي فى مجرى النهر عن التى تكونت من شق النهر للأراضى الموجودة على ضفته فهذه الجزر تبقى ملكا لأصحابها الأصلي .

الصورة الرابعة : مجرى النهر المتروك (lit abandonné) : أى الذى تحول عنه النهر إلى جهة أخرى . فمجرى النهر المهجور هذا يكون ملكا لأصحاب الأراضى المقابلة له ويوزع بنفس القاعدة المقررة فى الصورة المتقدمة .

٢٤٥ — الحالة الثانية : انتهاء منقول بعقار : قد يحدث أن يلتصق منقول بعقار بحيث لا يمكن فصلهما بعضهما عن بعض بدون ضرر أو تلف . وقد نص القانون الرومانى على صورتين لهذه الحالة وهما البناء والغراس . فقد يحدث أن يبني شخص على أرض مملوكة له بأدوات ومهمات مملوكة للغير أو يقوم ببناء على أرض مملوكة للغير بأدوات ومهمات مملوكة له .

الصورة الأولى : البناء على أرضه البانى بأدوات ومهمات مملوكة للغير : تعتبر الأرض فى هذه الحالة الشيء الأصلى والبناء الشيء التبعى ، فيكون البناء مملوكا لأصاحب الأرض بالتبعية . أما عن حق صاحب المهمات فى التعويض قبل المالك ، فيجب فيه التفريق بين ما إذا كان البانى حسن النية أو سىء النية . فان كان حسن النية أى يعتقد أن الأدوات والمهمات ملكه ، فإنه يملك البناء ، وإنما لأصاحب الأدوات أن يطالبه بضعف قيمة المهمات . ولكن ليس لأصاحب الأدوات مطالبة البانى بهدم البناء وتسليمه الأدوات التى أخذت . على أن للمالك المهمات أو الأدوات إذا انهدم البناء لآى سبب كان ، سواء بفعل البانى أو بفعل خارج عن إرادته ، الحق فى المطالبة بمهمات بشرط ألا يكون قد حصل على التعويض .

أما إذا كان البانى سىء النية ، أى يعرف أنها ملك الغير . ففي هذه الحالة يملك المالك البناء بالتبعية أيضاً ، وإنما للمالك مطالبة بتسليم الأدوات المذكورة . ولما كان هذا التسليم غير ممكن مادام البناء قائماً فإنه يحكم عليه فوق الضعف بتعويض الضرر الذى لحق صاحب المهمات بسبب حرمانه من أدواته وكذلك يبقى حق المالك للأدوات فى استردادها إذا ما انهدم البناء لآى سبب كان ولو كان قد أخذ تعويضاً عنها .

الصورة الثانية : البناء على أرض الغير بأدوات مملوكة للباني : في هذه الحالة أيضا يكون البناء ملكا لصاحب الأرض بالتبعية ، ولصاحب الأدوات التعويض . ولكي نعرف مقدار التعويض يجب أن نفرق بين حالتين :

الأولى : اذا كان الباني حسن النية

الثانية . اذا كان الباني سيئ النية

فاذا كان الباني حسن النية ، أى كان يعتقد أن الأرض التى بنى عليها ملكه ، ثم ظهر المالك الحقيقي ، فيكون البناء ملكا للمالك الأرض الحقيقي ، انما عليه أن يعرض الباني حسن النية ، وللباني أن يحبس العين تحت يده حتى يدفع المالك قيمة التعويض ، وهو أحد أمرين يخير المالك بين دفع أيهما ، فيكون خيرا بين دفع قيمة المهمات أو الأدوات وأجرة العملة ، وبين دفع ما زاد في قيمة الأرض بسبب البناء ( plus value ) . انما اذا خرج العقار عن يده فلاحق له قبل المالك المسترد حتى يهدم البناء ، فيكون له حيثنذ الحق في استرداد أدواته التى استخدمها في البناء .

وأما اذا كان الباني (واضع اليد) سيئ النية ، أى يعلم أن الأرض مملوكة للغير . فلاحق له في التعويض اطلاقا من المالك ، انما له اذا كان حائزا للعقار ازالة البناء بشرط ألا يضر الهدم بالعقار . وله استرداد الادوات متى انفصلت عن الأرض لأى سبب كان .

أما في حالة الغراس ، فاذا غرس شخص أشجارا مملوكة للغير بأرضه بحسن نية فانه يملك هذه الأشجار باعتبارها تابعة وانما عليه تعويض مالكها عن قيمتها . واذا كان الغارس أو الزارع سيئ النية فانه يطالب بتعويض كل الضرر الذى لحق مالك البذور أو الأشجار بسبب حرمانه من بذوره أو أشجاره (لابلقيمة فقط) . ويلاحظ أن الغراس يختلف عن البناء في أنه إذا انفصل عن الأرض فليس للمالك الاصلى أن يطالب به ، لأن الأشجار المغروسة تكون قد تغيرت بالنمو بما تغذته من الأرض في هذه المدة .

٢٤٦ — الحالة الثالثة : اتصال منقول بمنقول : يجب علينا في هذه الحالة أن نفترض أن المنقولين مملوكان لشخصين مختلفين وأن الاتصال لم يكن بناء على اتفاق

سابق بين المالكين، وإلا كان مصيرهما طبقا لهذا الاتفاق . كذلك يجب أن ينشأ من الالتصاق شيء جديد أو على الأقل أن يتحد المتقولان اتحادا لا يمكن فيه فصل أحدهما عن الآخر بدون كسر أو تلف أو أن يستحيل الفصل مطلقا ، كاستخدام حرير الغير في تطريز معطف أو تركيب عجلة في عربة أو تصوير صورة على لوحة أو اختلاط كيتين من الغلال أو مقدارين من النبيذ أو كتابة كتاب على ورق أو قرطاس مملوك للغير .

فلن الشيء الجديد؟ إن المبدأ المقرر هو أن المادة التي استعملت في التطريز أو التي استعملت في الكتابة تصبح ملكا للمالك القماش أو الورقة باعتبار أن القماش أو الورقة ( القرطاس ) هي الشيء الأصلي وأن أدوات التطريز أو الكتابة هي الشيء التبعية ولا عبء بالقيمة في تمييز الشيء الأصلي عن الشيء التبعية . أما فيما يتعلق بالتصوير فقد قرر الشراح الرومان بأن الصورة تكون ملكا للبصور ، وذلك لأنهم لم يشاءوا أن ينزلوا بحقوق المصور فيجعلوه تابعا للوحة ، وهي شيء تافه وعديم القيمة بجانب حق البصور وإتقانه لفنه .

ويلاحظ أن هذا الحكم يختلف عن الحكم السابق ذكره بالنسبة للكتابة إذ اعتبرت الكتابة تابعة للقرطاس ، ويرجع السبب في ذلك إلى أن الرومان كانوا لا يرون في الكتابة سوى حروف مرصوفة لا تستلزم في الكاتب حذا أو مهارة فنية . ويجب التفرقة بين الالتصاق (accessio) من جهة وبين الخلط (commixtio) أو المزج (confusio) من جهة أخرى ، وهو اختلاط أشياء مثلية بعضها ببعض كنيذ أو قح . وحكم هذا الاختلاط أن يصبح الشيء الممزوج أو المخلوط ملكا بالمشاع للمالكين كل منهما بمقدار نصيبه ، ويكون لكل منهما طلب قسمة المزيج أو المخلوط . (١)

## المبحث الثاني - في الطرق الاختيارية الناقلة للملكية

٢٤٧ - نقل الملكية بالتراضي : نتقل الآن إلى الكلام على الطرق الاختيارية لنقل الملكية أي إلى الكلام على نظرية نقل الملكية بالتراضي . ويجب أن نلاحظ مبدئيا

(١) راجع جيرار ، طبعة ١٩٢٩ ، ص ٣٥١ .

أن التراضي أو الاتفاق (convention) لم يكن كافياً في القانون الروماني لنقل الملكية بل لانتشأ عنه سوى التزامات أى حقوق شخصية. أما الملكية فلا بد لانتقالها من عمل قانوني مستقل عن الاتفاق أو بعبارة أخرى من طريقة لنقل الملكية (mode de transfert).

٢٤٨ — طرق نقل الملكية : وطرق نقل الملكية الاختيارية ثلاثة الاشهاد والدعوى الصورية وكلاهما تابع للقانون المدني، والتسليم وهو من نظم قانون الشعوب . ولم يبق من هذه الطرق في عهد جوستنيان سوى التسليم بعد زوال الاشهاد والدعوى الصورية ، وقد استخدم الرومان الاشهاد والدعوى الصورية حتى العصر العلي في نقل الملكية على الاموال النفيسة والتسليم في نقل الملكية على الأشياء غير النفيسة .

٤٤٩ — القواعد المشتركة بين الطرق المتقدمة : ويشترط في جميع الطرق الثلاثة المذكورة أن يكون الناقل مالكا وأهلا للتصرف . إذ لا يملك شخص أن يملك ما لا يملك . إلا أن لهذه القاعدة استثناءات فقد يكون للشخص حق نقل ملكية شيء دون أن يكون مالكا له كالوصى والقيم بالنسبة لاموال الخاضعين لوصايتهم أو قوامتهم ، وقد يكون مالكا وأهلا للتصرف دون أن يكون قادراً على نقل ملكية أموال معينة كمقاربات النوبة أو الأشياء المتنازع عليها . وتحتوي هذه الطرق الثلاثة عناصر مادية تعطيها صفة العلنية وتؤدي إلى اشهار التصرف وكانت هذه العلنية مكفولة بالاشهاد الذي يتم بحضور شهود وبالدعوى الصورية التي تتم أمام القاضي وينقل الحيازة الفعلية في التسليم .

### § ١ — الاشهاد ( Mancipatio )

٢٥٠ — تطبيقات : الاشهاد إجراء يتم بالسيكة والميزان ( per aes et libram ) . ويستخدم بالنسبة للأشخاص الأحرار والأشياء النفيسة . فيستخدم لاكتساب السلطة الزوجية في حالة انعقاد الزواج بالشراء (coemptio)، أو لاختضاع ولد لسلطة الغير ( in mancipio ) ، أو كطريقة غير مباشرة لتحقيق التني أو التحرير كما سبق يانه في كتاب الأشخاص ، وسنجد الاشهاد أيضاً كطريقة لانشاء حقوق الارتفاق .

على أن الغرض الأول والمهم من الاشهاد كان نقل الملكية وربما كان الغرض الوحيد الذي يؤديه الاشهاد في العصر العلى .

وقد كان الاشهاد مستعملا قبل الألواح الاثني عشر وظل كذلك طول العصر العلى ، ثم ضاع كل أثر له في عهد جوستيان .

٢٥١ — امراءات الاشراف : تنحصر هذه الاجراءات ، كما يصفها لنا ( Gaius ) في :

(١) وجود بعض أدوات هي الميزان وقطعة من النحاس

(٢) وحضور شخص حامل للميزان ( libripens )

(٣) وحضور خمسة شهود بالغين من الذكور

(٤) وحضور الطرفين بمجلس العقد وكذلك وجود المال المراد نقل ملكيته إن كان منقولاً أو ما يرمز اليه به إن كان عقاراً . وتبدأ اجراءات الاشهاد بأن يقبض المكتسب ( acquéreur ) على الشيء المراد نقل ملكيته ( manu capere ) ثم يعلن ملكيته له طبقاً للقانون الروماني ( jus quiritium ) ، مع بيان سبب تملكه ( الشراء emptio ) مثلاً ، ثم يضرب الميزان بقطعة النحاس ويسلمها إلى الناقل ( aliénateur ) كتمن للبيع ( quasi pretio ) وكل ذلك دون أن يفوه الناقل بكلمة .

وسندرس فيما يلي التطور التاريخي للاشهاد ثم آثاره ودائرة استعماله في العصر العلى .

٢٥٢ — تاريخ الاشراف : فالاشهاد باجراءاته المتقدمة طريقة رسمية وصورية لنقل الملكية . فهو صورة لعقد البيع ( venditio imaginaria ) مع تصوير وزن ثم غير حقيقى .

لكن هذه الاجراءات الصورية كباقي الاجراءات الشكلية الأخرى كانت في الأصل اجراءات حقيقية تتم بالفعل لتحقيق أغراض معينة وهو ما سنتبينه من دراستنا لتاريخ الاشهاد .

٢٥٣ — الاشراف في الاصل بيع مقيفى بمن معمل ( vente avec pesée )

قد كان الاشهاديماً حقيقياً (vente réelle) قبل أن يصير بيعاً صورياً (vente fictive) وذلك في العهد الذي كان فيه النحاس هو الاداة الوحيدة للتعامل بين الرومان ، فانهم كان سبائك من النحاس تسلّم إلى البائع ، ولذلك توجد الميزان في عملية الاشهاد لوزن الثمن الذي كان في ذلك العهد معطّافى كل البيوع .

وإذا حللنا اجراءات الاشهاد الأخرى وجدنا أن قبض المشتري للبيع (manu capere) يفيد أن المبيع من المنقولات وهو ما يؤدي بنا إلى الاعتقاد بأن الاشهاد يرجع إلى العهد الذي كانت الملكية فيه مقصورة على المنقول دون العقار . ولما كانت الألواح الاثني عشر قد نصت على الملكية العقارية بالنسبة لأموال الأسرة (heredium) أمكننا القول بأن الاشهاد يرجع إلى ما قبل عهد قانون الألواح الاثني عشر أو بعبارة أخرى إلى ما قبل عهد الجمهورية . ثم شمل الاشهاد العقار بعد أن زال شرط وجود المبيع في مجلس العقد والاكتفاء بما يرمز اليه فيه .

أما عن اشتراط حضور خمسة شهود في عملية الاشهاد ، فقد ذهب في تفسيره بعض الشراح إلى أنهم كانوا يمثلون الطبقات الخمس للشعب طبقاً للتقسيم الذي قرره سرفيوس تليوس ، لما يترتب على الاشهاد من نقل الملكية على أموال نفيسة يهيم الشعب جميعه أمرها . وذهب فريق آخر (Giffard, Collinet) إلى القول بأن الشهود الخمسة كانوا من أفراد العشيرة (gentiles) التي ينتمى اليها العاقدان ، يحضرون في العقد لضمان نقل الملكية . (١)

٢٥٣ — ثم صار بيعاً صورياً (vente fictive) : غير أن الاشهاد تحول فيما بعد إلى بيع صوري لا يوزن فيه الثمن بالفعل بل يرمز اليه فقط بقطعة من النحاس عديمة القيمة . ولكن ما تاريخ هذا التطور ؟

يرى جيرار (Girard) أن هذا التطور قد تم منذ تاريخ قانون الألواح ، بدليل أن الاشهاد كان يستخدم منذ عهد الألواح الاثني عشر كوسيلة لنقل الملكية ولو لم يوزن الثمن بالفعل بمجرد تمام الاجراءات الأخرى أى ولو كان الثمن صورياً . (٢)

(١) راجع جيرار ، طبعة ١٩٢٩ ، ص ٣٦٠ هامش ١ - وجيفار ، طبعة ١٩٣٤ ، الجزء الاول ، ص ٣٥٩ ، هامش ٣ .

(٢) راجع جيرار ، طبعة ١٩٢٩ ، ص ٣٦٠ .

ويرى آخرون ومنهم ( Appleton ) <sup>(١)</sup> بأن الثمن استمر العمل على وزنه بالفعل في عملية الاشهاد بعد قانون الألواح الاثني عشر بزمان طويل ، إما لأن النقود المضروبة لم تكن قد عرفت بعد ، وإما لأن النقود — وإن سلم بظهورها في ذلك العهد — فقد كانت في الغالب قديمة الاستعمال بحيث كانت تستلزم وزنها دائماً لتقدير قيمتها . ولذلك يرى هذا الفريق الأخير استبعاد قانون الألواح الاثني عشر عند تعيين تاريخ هذا التطور .

وكل ما يمكن تأكيده في هذا الصدد هو أن وزن الثمن صار صورياً منذ القرن الخامس لروما بظهور النقود كأداة للتعامل . ويحدد ( Cuq ) هذا الوقت بظهور النقود الفضية ، أي سنة ٤٨٦ من تاريخ روما أو سنة ٢٦٨ قبل الميلاد <sup>(٢)</sup> . ولكن بقي الميزان والسيكة في عملية الاشهاد كأثر من آثارها الاولى . وبذلك أصبح الاشهاد يعبأ صورياً فقط إذ السيكة أو قطعة النحاس التي يسلمها المكتسب للناقل كانت في الواقع عديمة القيمة .

وهكذا بقي الاشهاد باجراءاته الشكلية الاولى مع تغير وظائفه واتساع أغراضه .

٢٥٤ — زامير اصار طريقة مجردة لنقل الملكية ( acte abstrait de transfert ) :  
أصبح الاشهاد حينئذ طريقة عامة لنقل الملكية على الاموال النفيسة

(١) فقد يستخدم الاشهاد لنقل الملكية تنفيذاً لعقد بيع ونقل ملكية البيع إلى المشتري .

(٢) وقد يستخدم لنقل الملكية في غير حالة البيع ولو بدون مقابل لتحقيق هبة ، أو على سبيل الدوطة ، أو لتنفيذ وصية أو لتقرير ضمان عيني ، وفي هذه الاحوال كلها يتم الاشهاد بثمن صوري ( nummo uno ) .

وهكذا أمكن استخدام الاشهاد في عقود كثيرة ، ولتحقيق أغراض شتى . وهو ما يعبرون عنه بقولهم إن الاشهاد عمل مجرد ( acte abstrait ) أي مجرد عن سيئه . فالملكية تنقل بناء على الاشهاد بمجرد تمام اجراءاته ، ولو اختلف الطرفان على السند الذي استند اليه . ( الموسوعات ١٠٤١ ، ٣٦ )

(١) انظر « Appleton » في المجلة العامة للقانون ، سنة ١٩٢١ ، ( La Revue Générale de Droit. 1921 )

(٢) انظر كيك ، طبعة سنة ١٩٢٨ ، ص ٢٧٣ .



٢٥٥- زوال الإشهاد في عهد جستنيان : بقي الأشهاد معمولاً به في العصر العلي كما يؤيد ذلك بعض العقود المحفوظة لدينا من العصر المذكور . غير أنه أصبح منذ القرن السادس لروما إجراء صورياً ، فالتمن أصبح لا يوزن بالفعل ، وصار الأشهاد يتم بالكتابة . ثم انه صار غير ضروري لنقل الملكية على الأموال النفيسة . فضلاً عن أنه لا يستعمل إلا نادراً في الإمبراطورية الرومانية الشرقية . وأخيراً زال في عهد جوستنيان . ولذلك سنقتصر على بيان آثاره ونطاقه في العصر العلي .

٢٥٦- آثار الإشهاد في العصر العلي : يترتب على الأشهاد نقل الملكية الرومانية ( dominium ex jure quiritium ) في الحال من الناقل المالك إلى المكتسب ، ولو لم ينقل الحياة فعلاً إلى الأخير ، أو ولو لم يكن الأول واضحاً يده على العقار الذي أراد نقل ملكيته .

ولكن المهم معرفته هو تعيين الوقت الذي تنتقل فيه الملكية إلى المشتري في حالة تمام الأشهاد تنفيذاً لعقد بيع ( vendendi causa ) . وذلك لأن أغلب الشراح يرون أن الملكية لا تنقل بالأشهاد في حالة البيع إلا إذا كان الثمن قد دفع بالفعل . وهذه القاعدة — أى تعاقب نقل الملكية على دفع الثمن — قررها جوستنيان بخصوص التسليم ( instutes, 2, 1, 41 ) . ويرى هذا الفريق من الشراح أن كلمة التسليم في النص المذكور قد أدخلها جوستنيان نفسه وإن كان النص في الأصل خاصاً بالأشهاد .

ويرى فريق آخر من الشراح ( Giffard, Collinet ) <sup>(١)</sup> أن الملكية كانت تنتقل بمجرد تمام إجراءات الأشهاد ، بغض النظر عن دفع الثمن ، كنتيجة لرسمية الإجراءات ( formalisme ) . فالأشهاد ، وهو عمل مجرد ( acte abstrait ) ينقل الملكية بمجرد تمام إجراءاته مجرداً عن أى اعتبار آخر . إنما من المحتمل جداً أن البائع كان يحتاط لنفسه بعدم إجراء الأشهاد قبل قبضه الثمن بالفعل .

٢ - كذلك يترتب على الأشهاد ضمان البائع استحقاق المبيع ( éviction )

(١) انظر جيفار ، طبعة ١٩٣٤ ، الجزء الاول ، ٣٩٢ .

بمعنى أنه إذا اتضح أن الناقل يتصرف في ملك غيره واسترده صاحبه ألزم الناقل برد ضعف الثمن المذكور في الأَشهاد إلى المكتسب ( *acquéreur* ) وذلك بدعوى الضمان ( *actio auctoritatis* ) .

٣ - كذلك يضمن الناقل مساحة الأرض المبيعة كما حددها البائع في الأَشهاد ، بمعنى أنه إذا ظهر أن قدر الأرض المبيعة ناقص عن المقرر في الأَشهاد وجب عليه أن يرد ضعف ثمن القدر الناقص وذلك بالدعوى المسماة ( *actio de modo agri* )  
٢٥٧ - دائرة استعمال طريقه الأَشهاد : لما كان الأَشهاد من النظم المقررة في القانون المدني ، كان استخدامه مقصوراً على الرومان واللاتينيين القدماء ولكن سمح باستخدامه فيما بعد لللاتينيين المستعمرين وكذلك للأجانب الذين منحوا حق التعامل ( *commercium* ) .

ولكن ما هي الأشياء التي يصح نقل ملكيتها بالأَشهاد ؟ الأصل في الأَشهاد أنه مقصور على الأموال النفيسة ، بل هو الطريق الضروري لنقل الملكية الرومانية على هذه الأموال . فلا يجوز استخدامه لنقل ملكية الأموال غير النفيسة .  
على أن الأمر ، وإن كان كذلك في القانون القديم ، فقد تغير الحال في العصر العلي . ذلك أن هناك نصواً ترجع إلى القرن الثاني من الميلاد تفيد استخدام الأَشهاد في نقل الملكية على بعض الأموال غير النفيسة كالآلات والأشياء الثينة والأراضي الإقليمية . (١)

#### § ٢ - الدعوى الصورية ( *L'in jure cessio* )

٢٥٨ - طبيعة الدعوى الصورية وهماذا : إذا كان الأَشهاد يباعاً صورياً فالدعوى الصورية إجراء صوري أيضاً . وقد رأينا في دراستنا السابقة تطبيقات عدة للدعوى الصورية في باب العتق والتبني والوصاية . وسنرى تطبيقاً لها في تقرير حقوق الارتفاق . وهي كالأَشهاد منصوص عليها في قانون الألواح الاثني عشر ، ويرى بعض الشراح بأنها تقررت لتكملة طريقة الأَشهاد ، فهي لاحقة للأَشهاد من حيث تاريخ ظهورها (٢) .

(١) راجع جيفار ، طبعة ١٩٣٤ . الجزء الأول . ص ٣٦٣ .

(٢) جيرار ، طبعة ١٩٢٩ . ص ٣١٥ - فرانسكي - *Francisci* في كتابه *Transfimento* II ص ١٢٩ هامش ١ .

٢٥٩ - **امبراطورها** : اذا استخدمت الدعوى الصورية كطريقة لنقل الملكية فانها ترفع في صورة دعوى الاسترداد . فيحضر الطرفان أمام المحاكم القضائي ، ويقرر المكتسب وهو قابض على الشيء المراد نقل ملكيته اليه بأنه مالك له طبقاً لأحكام القانون المدني ، ثم يسأل البريتور الناقل إذا كان لديه وجه للاعتراض ، فإذا سكت أو أجاب سلباً ، حكم القاضي بالحقاق الشيء بملك المكتسب . والدعوى الصورية عمل من أعمال ولاية البريتور الادارية لا القضائية ، فله مباشرته حتى خارج المحكمة أو في غير الأيام المحدودة للتقاضي .

٢٦٠ - **بمجال تطبيق الدعوى الصورية** : لاشك في جواز استخدام الدعوى الصورية لنقل الملكية على الأشياء النفيسة . إلا أنها كانت في الواقع نادرة الاستعمال في الأشياء النفيسة . وغير مفيدة في نقل ملكية الأموال غير النفيسة . لاستخدام العاقدين غالباً طريقة الاشهاد في نقل ملكية الأموال النفيسة ، والتسليم في غيرها .

٢٦١ - **آثارها** : يترتب عليها نقل الملكية الرومانية كالاشهاد . وإنما لا يترتب على هذه الطريقة حق الضمان في حالة نقل ملك الغير أو ظهور نقص في مساحة المبيع . وهي فضلاً عن ذلك تستلزم حضور الطرفين أمام القاضي بحجة الفصل في النزاع ، وفي هذا من المضايقة مآدئ إلى زوالها عملاً قبل الاشهاد ، وأصبح لا أثر لها منذ عهد الامبراطور دقلديانوس ( ٢٨٤ - ٣٠٥ م ) .

### § ٣ - التسليم ( Traditio )

٢٦٢ - **تعريف** : هو طريق غير شكلي لنقل الملكية تابع لقانون الشعوب ومبنى على نقل وضع اليد . فهو ينحصر في مثاولة الشيء المراد نقل ملكيته يدأ بيد . ولذلك يذهب كثير من الشراح الى اعتبار التسليم أحدث تاريخاً من الاشهاد والدعوى الصورية ، ويرى بعض الشراح الآخرين أنه ليس هناك ما يمنع من الاعتقاد بوجود التسليم في القانون القديم ، لنقل ملكية السبائك والدواب الصغيرة ( petit bétail ) كالغنم والمعين .

٢٦٣ - **بمجال تطبيق طريقة التسليم** : كان يستخدم التسليم في العصر العلي في أحوال أربعة .

- ١ — لنقل الملكية الرومانية على الاموال غير النفيسة (res nec mancipi).
  - ٢ — ولتقرير الملكية البريتورية على الاموال النفيسة (res mancipi).
  - ٣ — ولنقل الملكية الاجنبية فيما بين الاجانب.
  - ٤ — ولا اكتساب الملكية الاقليمية على الاراضى الاقليمية.
- أما في عصر جوستينيان فقد توحدت صور الملكية المختلفة وصار التسليم هو الطريق الوحيد لنقل الملكية على جميع الأشياء.

٢٦٤ — مروط : والتسليم عبارة عن نقل وضع اليد من شخص الى آخر مصحوباً باتفاق الطرفين على نقل الملكية من المسلم ( tradens ) الى المتسلم ( accipiens ). أى أن التسليم الناقل للملكية يتكون من عنصرين ، عنصر مادى وهو نقل وضع اليد ( cessio possessionis ) ، وعنصر معنوى وهو النية المتبادلة بالتملك والتملك ويعبر عنه بالسبب الصحيح ( justa causa ).

٢٦٥ — العنصر المادى أى نقل وضع اليد : وهو أن يوضع الشيء المراد نقل ملكيته تحت يد المكتسب . وكان يشترط في التسليم قديماً أن يحصل فعلاً ومادياً . ويكون هذا في المنقول بالمناولة يدأ يد . وفي العقار بأن يصحب الناقل المكتسب إلى العقار ويمكنه من الاستيلاء عليه فعلاً بأن يرافقه في كل أجزاء العقار .

إلا أن هذا الركن المادى تحرر تدريجياً من صفته المادية ، وصار يكفي في العصر العلى أن يوضع الشيء المراد نقل ملكيته تحت تصرف المكتسب كما يظهر ذلك من الأحوال الآتية :

(١) التسليم باليد الطويلة ( traditio longa manu ) — يكفي إذا كان العقار المراد نقل ملكيته شاسعاً ، أن يرتفع الطرفان الى أرض عالية تشرف على العقار المراد نقل ملكيته ، ويبين المسلم الى المتسلم حدوده معلناً تسليمه إياه . هذا التسليم الذى يتم بعيداً عن العقار قد نقل الى القانون الفرنسى القديم وأسماء الشراح بالتسليم باليد الطويلة .

(٢) التسليم الرمزى ( traditio symbolique ) — إذا أريد نقل وضع اليد على عقار مبنى أو مال منقول فيكتفى بتسليم رمزى . فتتلا بالنسبة للنزل يكتفى

بتسليم مفاتيحه دون الحاجة الى تفقد كل الحجرات ، وبالنسبة للنقول كقمح مثلا بتسليم مفتاح المخزن المحتوى على القمح المبيع .

(٣) التسليم باليد القصيرة ( *traditio brevi manu* ) — يكون ذلك عند ما يكتسب الحائز ملكية الشيء الموجود تحت يده . فباكتسابه الشيء يعتبر واضع يد بعد أن كان حائزا فقط ، وهذا يتم بتغيير النية وحدها دون حاجة الى تسليم مادي من الناقل الى المكتسب . مثال ذلك اذا ما اشترى المستأجر الشيء المؤجر .

(٤) ( *constitut possessoire* ) — وهى الحالة العكسية للتقدمة وهى عبارة عن أن ينقل شخص ملكه الى آخر ويبقى حائزا له بصفته مستأجراً أو متفعلاً مثلاً . فالمكتسب يكتسب وضع اليد بنيتة وحدها ( *animo solo* ) .

ولم تكن الأحكام المتقدمة المتعلقة بطريق نقل الملكية متبعة فى بلاد الأغرير وفى مصر ، بل جرى العرف على تحرير عقدين ، أحدهما لاثبات البيع والآخر لاثبات نقل الملكية (١) . وقد أثر هذا العرف فى حكم القانون الرومانى فى العصر البيزنطى فنص فى مجموعة القوانين لجوستينيان ( *Code*, 8, 33, 1 ) على أن نقل وضع اليد يمكن أن يتم بتسليم سندات الملكية ( *traditio instrumenti* ) ، أى بدون اشتراط استيلاء المكتسب بالفعل على الشيء المراد نقل ملكيته اليه .

٢٦٦ — **العصر المعزى أو السبب الصحيح** (٢) ( *justa causa* ) : لا يكتفى التسليم المادى ، أى نقل وضع اليد ، لنقل الملكية ، بل يشترط أن يستند التسليم الى سبب صحيح يفيد نقل الملكية . ذلك أن يكون عند المسلم ( *tradens* ) نية نقل الملكية ، وعند المتسلم ( *accipiens* ) نية اكتسابها . هذه النية المتبادلة هى التى تسمى بالسبب الصحيح . وقد يكون السبب الصحيح عقداً ، كبيع أو هبة أو بدل أو عارية استهلاك ، حيث التفاهم تام بين الطرفين فى كل هذه العقود على نقل الملكية . وقد يكون عملاً قانونياً من طرف واحد كوصية أو الوفاء بدين .

(١) انظر كيك ، طبعه ١٩٢٨ ، ص ٣٦٩ ، ٢٧٠ .

(٢) راجع A. Ehrhard, *Justa Causa traditionis* 1930. R. Monier, *le malentendu sur la causa traditionis* ( *Studi Bonfante*, 111, pp 217-231 ).

غير أن فقهاء العصر العلمي وصلوا الى اعتبار السبب الشرعى متوافراً اذا صدرت نية التمليك المتبادلة بين الطرفين ، ولولم تستند الى عقد صحيح ، سواء ترتبت على خطأ فى وجود العقد أم على خطأ فى طبيعة العقد أم على عقد غير جائز . أو بعبارة أخرى سواء أنشأت عن عقد غير قائم فى الواقع ، أم عن عقد ساء فيه تفاهم الطرفين على الغرض من نقل الملكية ، أو عن عقد قائم فى الواقع ولكنه يخالف للقانون .

ومن أمثلة ذلك فى الحالة الأولى ( حالة الخطأ فى وجود العقد ) أن يسلم شخص آخر أشياء وفاء لعهد أو التزام غير موجود بينهما مع اعتقادهما خطأ وجوده ، وفى الحالة الثانية ( الخطأ فى طبيعة العقد ) أن يعطى شخص لآخر نقوداً على أنها قرض فيتسلمها الآخر معتقداً أنها هبة ، وفى الحالة الثالثة ( حالة حصول التسليم بناء على عقد غير جائز ) أن يقدم شخص لآخر أموالاً وفاء لاتفاق بينهما على أمر منافق للآداب .

فالرأى الغالب بين فقهاء الرومان أن السبب الشرعى متوافر فى الأحوال المتقدمة لوجود نية نقل الملكية عند المسلم ونية اكتسابها عند المسلم . ويترتب على التسليم فى الأحوال المتقدمة نقل الملكية الى المسلم ، بحيث لا يستطيع المسلم بعد ذلك عند وضوح الخطأ أو بطلان العقد أن يسترد هذه الأشياء اذا انتقلت الى يد الغير ، بل لا يستحق إلا تعويضاً عن قيمتها .

أما اذا لم تتوافر النية المتبادلة على نقل الملكية بين الطرفين فلا يترتب على التسليم نقل الملكية ، كما فى الأحوال الآتية :

(١) اذا سلم شخص الى آخر شيئاً على أنه ودیعة أو اجارة قسله الآخر على أنه هبة أو بيع فلا تنتقل الملكية الى المسلم إذ ليس لدى المسلم نية نقل الملكية ، ويكون لهذا الأخير استرداد ملكه فى أى وقت .

(٢) اذا كان أحد الطرفين عديم الأهلية ( مجنوناً أو طفلاً أى لم يبلغ سبع سنين ) ، إذ كل من المجنون أو الطفل عديم التمييز ، ولا يتصور قيام النية عند أحدهما وهو عديم الإرادة .

(٣) إذا ساء تفاهم الطرفين على محل العقد كما اذا باع شخص لآخر عقاره

الموجود في روما واعتقد الآخر أنه يشتري العقار الموجود بمصر ، قسليم العقار الأول لا ينقل ملكيته إلى المشتري ، لعدم توافق الطرفين على نقل ملكية شيء واحد .  
٢٦٧ - طبيعة التسليم وأثره : أصبح التسليم بناء على ما تقدم عملاً مجرداً عن سببه . فهو ينقل الملكية ولو لم يستند إلى عقد صحيح أو موجود بالفعل ، بل يكفي توافر نية نقل الملكية لدى المسلم واكتسابها عند المتسلم . فصار التسليم كالإشهاد طريقة مجردة لنقل الملكية .

ويرتبط على التسليم نقل الملكية في الحال وإنما يجوز في التسليم خلافاً لطريقة الأشهاد أو الدعوى الصورية تأجيل نقل الملكية أو تعليقه على شرط واقف . والأجل هو حادثة محققة الوقوع في المستقبل . كما إذا قرر الواهب بأن الموهب له يصبح مالكا بعد سنتين . والشرط الموقوف هو حادثة متوقعة في المستقبل غير محققة الوقوع يتوقف على تحقيقها وجود العقد ، كما إذا وهب شخص إلى آخر منزله إذا رزق بولد . فلا تنتقل الملكية في هاتين الحالتين إلا عند حلول الأجل أو تحقيق الشرط .

كذلك إذا حصل التسليم تنفيذاً لعقد بيع فإن نقل الملكية إلى المشتري يبقى معلقاً على دفع الثمن ، إلا إذا اتفق الطرفان على ما يخالف ذلك ، أما صراحة كما إذا اتفقا على تأجيل الثمن ، أو ضمناً كما إذا قدم المشتري للبائع ضماناً للثمن .

٢٦٨ - الموصصة - نقل الملكية الاختياري في عصر هيرستيايه : يجب كقاعدة عامة لنقل الملكية بالتراضي في عصر جوستنيان استخدام طريقة (mode) لذلك وهي التسليم أي نقل وضع اليد . فالإتفاق وحده لا يكفي لنقل الملكية بل لابد من التسليم ؛ إنما لا يشترط في التسليم أن يكون مادياً (traditio corporalis) بل قد يكون حكماً (ficta) كما سبق بيانه ويكتفي فيه بتغيير النية . فكان القانون الروماني كاد يقرر المبدأ المقرر في قانون نابليون ، وهو نقل الملكية بمجرد التراضي . ولا يخفى ما في هذا المبدأ من الخطر على مصالح الغير ، إذ يساعد على إخفاء التصرف في الملكية ، الأمر الذي أدى إلى التفكير في ضمان علنية التصرفات الناقلة للملكية في العصر البيزنطي بوسائل شتى ، أهمها تسجيل العقود في سجلات الحاكم أو البلديات (١) .

## المبحث الثالث — في الطرق الاجبارية الناقلة للملكية

الطرق الاجبارية الناقلة ثلاث : ١ — التملك بمضى المدة ٢ — نقل الملكية  
بنص القانون ٣ — نقل الملكية بحكم القاضي.

§ ١ — التقادم أو التملك بمضى المدة (Usucapion et prescription)

٢٦٩ — التقادم المكسب والمسقط : التقادم هو أهم الطرق الاجبارية لنقل الملكية وهو نوعان، مكسب (prescription acquisitive) وهو الذى يؤدى الى اكتساب الملكية والحقوق العينية، ومسقط (prescription extinctive) وهو الذى يؤدى الى سقوط الحقوق والتعهدات أيا كانت. وقرر القانون الرومانى التقادم كوسيلة لاكتساب الملكية بمضى مدة قصيرة منذ العصر القديم، وعرف باسم (usucapio). ثم ظهرت صورة أخرى للتقادم بنوعيه المكسب والمسقط فى العصر العلى، وعرفت باسم (praescriptio). وأخيراً عدل جوستيان نظام التقادم كله، وأدماج نظام التقادم القديم (usucapio) فى نظام التقادم الحديث وجعل منها نظاماً واحداً لاكتساب الملكية بمضى المدة.

ولذلك سنبدأ بدراسة نظام التقادم بالمدة القصيرة (l'usucapion) أولاً فى القانون القديم وثانياً فى العصر العلى، ثم ندرس صور التقادم الأخرى، (les prescriptions)، وأخيراً ندرس ما كان من أمر صور التقادم المتقدمة فى قوانين الامبراطور جوستيان.

١ — التقادم بمضى المدة القصيرة (Usucapio) <sup>(١)</sup>

أولاً : التقادم القصير فى القانون القديم :

سبق أن رأينا عند دراستنا للأشخاص كيف كان مضى المدة سبباً لاكتساب بعض الحقوق. فالزوج يكتسب السيادة على زوجته إذا استمرت المعاشرة الفعلية بينهما مدة سنة بدون انقطاع. كذلك نصت الألواح الاثنتى عشر على أن مضى المدة يكسب الملكية على العقار وغيرها من الأموال فتكتسب الملكية بوضع اليد على العقار مدة سنتين وعلى المنقول بمضى سنة.



٢٧٠ - تطبيقاته : ويظهر تطبيق هذا النظام في حالتين ، حالة كانت مقصورة على العهد القديم ، وحالة استمرت في جميع أدوار القانون الروماني وانتقلت منه إلى الشرائع الحديثة .

أما الحالة الأولى فهي أن يتصرف المالك في الملكية تصرفاً ناقصاً في إجراءاته الشكلية ، كبيع مال نفيس بطريقة غير مكسب للملكية المدنية أى بالتسليم . فوضع اليد المستمر ينقل الملكية المدنية إلى المتسلم . هذه الوظيفة التي كانت للتقادم حتى العصر العلي زالت عند ما أصبح التسليم في عصر جوستينان طريقاً ناقلاً للملكية المدنية .

أما الحالة الثانية فهي حصول تصرف في الملكية معيب في جوهره أو في شروط صحته ، كالبيع الصادر عن غير المالك سواء أكان بطريقة : لاشهاد أم الدعوى الصورية أم التسليم ، أو كالبيع الصادر عن مالك غير أهل للتصرف . فتل هذا البيع لا ينقل الملكية إلى المشتري . ولكن المشتري إذا وضع يده على المبيع بناء على عقد البيع واستمر في وضع يده المدة القانونية اكتسب الملكية عليه وصح العيب الذي كان عالقاً بالعقد .

٢٧١ - حكم مشروعية التقادم : والحكمة في وضع هذا النظام أن المشرع يريد به ألا يترك حق الملكية معلقاً بين المالك الحقيقي وبين واضع اليد إلى مالا نهاية ، وأن يجازى المالك على إهماله ملكه وعدم المطالبة به . فهو إن أهمل ملكه غير جدير بالحماية ويفضل القانون عليه واضع اليد حتى يشجع الغير على استغلال الأموال المهمله . هذا من جهة ، ومن جهة أخرى ، فقد تقرر هذا النظام لمصلحة المالك نفسه باعتفائه ، في حالة قيام نزاع على ملكيته ، من تتبع أصل ملكيته وملكية أسلافه جميعاً حتى المالك الأول الذي يكون قد اكتسب ملكية الشيء المتنازع عليه بطريقة منثى للملكية ، بل يكفي أن يثبت وضع يده عليه المدة القانونية .

٢٧٢ - تاريخ التقادم القصير : يرى بعض الشراح بأن مدة التقادم في العصر الأول السابق على قانون الألواح الاثني عشر كانت واحدة بالنسبة للعقار والمنقول وهي ستة واحدة . ويعلمون قصر هذه المدة بصغر مدتهنوما ، إذ يصعب

في بلد صغيرة أن يجهل المالك وضع يد الغير على ملكه ، وعليه فلا يلومن إلا نفسه .  
إذا فقد ملكه بأهماله المطالبة به .

وقد كملت تدريجياً أحكام قانون الألواح الاثني عشر الخاصة بالتقادم ، فاشتراط بعدها ( بجانب وضع اليد مدة سنة أو سنتين ) ألا يكون الشيء مسروقاً أو مغتصباً بالقوة ، وأن يكون وضع اليد مستنداً إلى سبب صحيح وبجسنة .

ثانياً — آثار التقادم القصير وشروطه في العصر العلى .

٢٧٣ — آثاره : التقادم القصير (usucapio) طريق لنقل الملكية المدنية . فهو مقصور على الرومانيين ولا يشمل إلا المنقولات والعقارات الرومانية والايطالية . ويرتب على اعتباره من الطرق النافذة ، أن واضع اليد يكتسب الملكية بقودها العينية المقررة في عهد المالك السابق . فاذا كان الشيء محملاً بحقوق عينية كحقوق ارتفاق أو رهون انتقل كذلك إلى واضع اليد . إذ يجب لسقوط هذه التكاليف العينية تقادم مستقل عن التقادم المكسب للملكية .

٢٧٤ — شروط : تنحصر هذه الشروط ، كما هي مقررة في العصر العلى في أربعة :

- ١ — أن يكون الشيء قابلاً لاكتسابه بمضى المدة .
- ٢ — أن يكون هناك وضع يد مستمر طول المدة المقررة قانوناً .
- ٣ — أن يكون وضع اليد مستنداً الى سبب صحيح أو سند صحيح .
- ٤ — وأخيراً أن يكون وضع اليد بجسنة .

٢٧٥ — أنه يكونه الشيء قابلاً لاكتسابه بهذه الطريقة : سبق أن قلنا إن التقادم القصير طريق من طرق القانون المدني لا اكتساب الملكية الرومانية . فهو لا يكون إلا في الأشياء التي يمكن أن تكون محلاً للملكية المذكورة . فيشترط فيها إذن أن تكون

(١) من الأشياء الداخلة في دائرة التعامل

(٢) وإذا كانت من الاموال الثابتة اشترط أن تكون رومانية أو ايطالية ،

كذلك يشترط ألا يكون الشيء عمالاً يجوز التصرف فيه أو اكتساب

ملكته بالتقادم ، كمقارات القاصر أو عقارات الدوطة أو أموال الامبراطور أو أموال الكنائس والأوقاف الدينية .

وأخيراً يشترط ألا يكون الشيء مسروقاً . قد تقرر هذا في قانون الألواح الاثني عشر وتأييد بعده بقانون أتينيا ( Loi Atinia ) . ولا يمنع من عدم جواز تملك الشيء المسروق بمضى المدة ، أن يكون واضح اليد حسن النية ، إلا إذا عاد الشيء المسروق الى مالكه قبل ذلك إذ يظهر من عيب السرقة ويجوز اكتسابه بعد ذلك بالتقادم .

وقد صدر قانون آخر في نهاية عهد الجمهورية ( Loi Plautia de vi ) يحرم اكتساب الأموال الثابتة المقتسبة بالقوة بمضى المدة . وقد صدر هذا القانون على أثر اضطراب الأمن والنظام في ذلك العهد .

وقد كان نتيجة حظر تملك الأموال المسروقة بمضى المدة أن صار تملك الأموال المنقولة بمضى المدة نادراً جداً . والسبب في ذلك يرجع إلى أن معنى السرقة في القانون الروماني كان واسعاً جداً ، فهو يشمل كل تملك لمال منقول مملوك للغير بطريق النش وكل تصرف في مال الغير مع العلم بذلك . فكل شيء مسروق أو مقتصب بطريق النصب أو خيانة الأمانة لا يمكن تملكه بمضى المدة ، سواء في ذلك السارق والمقتصب وغيرهما . ولهذا يندر وضع اليد على منقول مملوك للغير دون أن يكون مسروقاً . ومن هذه الحالات النادرة أن يتصرف وارث إلى آخر في شيء وجده بالتركة يعتقد أنه من أموال مورثه حالة كونه معاراً أو مؤجراً لمورثه أو مودعاً لديه على غير علم من الوارث . فيجوز للتصرف اليه في مثل الأحوال المتقدمة أن يملك الشيء بمضى المدة ، إذ الوارث الذي باع الشيء المذكور معتقداً ملكته للورث لا يعتبر سارقاً .

٢٧٦ - ٢ - وضع اليد المدة القانونية : والمقصود بوضع اليد هنا هو وضع اليد المدني ( possessio civilis ) ، الذي سبق تمييزه عن الحيازة المجردة وعن وضع اليد المحمي بنظام الأوامر ( possessio ad interdicta ) . أي يجب أن يكون وضع اليد بنية التملك ( animus domini ) . وتطبق هنا جميع الأحكام السابق الكلام عليها في باب وضع اليد سواء ما كان منها خاصاً بعيوب وضع اليد

(وهي القوة والحفاء والصفة العارضة) أو بالعنصرين المادى (corpus) والمعنوى (animus) مع هذا التحفظ وهو أن النية اللازم توافرها هنا هي نية الظهور على الشيء بمظهر المالك.

وقد سبق أن بينا أن هذا الشرط كان وحده كافياً في عهد قانون الألواح لاكتساب الملكية بمجرد مرور سنة أو سنتين على وضع اليد، بشرط ألا يكون المال مسروقاً. بل بقي هذا الأمر كافياً لاكتساب بعض حقوق الأسرة بدون اشتراط الشروط الأخرى، وهي حسن النية والسبب الصحيح، كالسيادة الزوجية لمن يضع يده لمدة سنة على زوجته، وكصفة الوارث لمن يضع يده لمدة سنة على تركه مهيمة (héritéité abandonnée)، فواضع اليد على التركة المذكورة يكتسب أموالها من عقار ومنقول وحقوق ويلتزم بديونها وعبادة الأسرة.

ويجب أن يستمر وضع اليد بالمعنى المتقدم بدون انقطاع المدة القانونية، وهي سنتان بالنسبة للعقار، وسنة واحدة بالنسبة للمنقول. فإذا انقطع وضع اليد يوماً واحداً ضاع كل أثر للمدة السابقة، بحيث إذا عاد الشيء إلى واضع اليد وجب عليه وضع يده من جديد.

والانقطاع نوعان: فقد يكون طبيعياً (interruption naturelle) وهو يكون بزوال اليد أو رفعها. كأن يستولى المالك الأصلي على ملكه أو كضياع الحياة من واضع اليد لأي سبب آخر. وقد يكون مدنياً (interruption civile)، كرفع دعوى الاسترداد من المالك للمطالبة بملكه. والانقطاع الطبيعي وحده هو الذي كان يؤدي إلى ضياع المدة السابقة، أما رفع دعوى الاسترداد فلم يكن يمنع من استمرار احتساب المدة حتى وقت الأشهاد على الخصومة (litis contestatio)، ذلك أن الانقطاع المدنى لم يتقرر إلا في القانون الرومانى الحديث.

وكذلك لا يعرف القانون الرومانى القديم مبدأ وقف سريان مدة التقادم (suspension) في حالة ما إذا كان المالك عديم الأهلية.

٢٧٧ — ٣ — السبب الصحيح (insta causa) أو السبب الصحيح (justus titulus): يجب أن يستند وضع اليد إلى سبب صحيح أى إلى عمل قانونى (acte juridique) أو حادث قانونى (fait juridique) يبرر وضع يد المكتسب

بمضى المدة ، ويكون في الغالب تصرفاً من شأنه نقل الملكية لو كان الناقل مالكا حقيقياً للشيء الذى تنازل عنه وأهلاً للتصرف فيه .

ولفهم معنى السبب الصحيح فى التقادم يجب التفرقة بين ما إذا اكتسب واضع اليد الحيازة بطريق التسليم ( traditio ) أى بطريق نقل الحيازة اليه من شخص آخر ، أو يكون قد وضع يده بإرادته وحدها .

فى الحالة الأولى — وهو ما إذا كان مصدر وضع يده التسليم — إذا لم تنتقل الملكية الى المتسلم ، إما لأن المسلم لم يكن مالكا لما تصرف فيه أو كان الشيء المذكور من الأشياء النفيسة ، كان للمتسلم أن يكتسب الملكية بمضى المدة بشرط أن يستند وضع يده الى سبب صحيح . والسبب الصحيح لوضع اليد هنا هو نفس السبب الصحيح للتسليم الناقل للملكية ، وهو كما رأينا ( عند الكلام على التسليم باعتباره طريقة لنقل الملكية ) قد يكون ييماً أو هبة أو وصية أو تقريراً لدوطة أو وفاة لدين الخ .

وفى الحالة الثانية وهى حالة ما إذا لم يكن مصدر وضع اليد التسليم بل يرجع لإرادة واضع اليد وحدها ، فانه يشترط لملك واضع اليد لما تحت يده بمضى المدة أن يستند وضع يده الى سبب صحيح يفيد التملك ، كسند الارث ( usucapio pro herede ) كما إذا استولى الوارث على مال من أموال الغير موجود فى تركة مورثه معتقداً أنه من أموال التركة ، أو الترك ( pro derelicto ) كما إذا ترك شخص شيئاً لايملكه فان من يضع يده على الشيء المتروك هذا لا يملكه الا بوضع اليد عليه المدة القانونية وسبب وضع يده هنا هو الترك أو الهجر .

فترى مما تقدم أن السبب الصحيح فى التقادم ( justa causa usucapionis ) يختلف فى كثير من الأحيان مع السبب الصحيح فى التسليم ( justa causa traditionis ) ، إنما قد يتميز عنه فى بعض الأحوال الأخرى .

٢٧٨ — ٤ — حسن النية ( la bonne foi ) : هو اعتقاد واضع اليد خطأ أنه اكتسب الملكية ، أو بعبارة أخرى اعتقاده خطأ أنه تلقى الشيء من مالكة . ومن له حق التصرف فيه . والخطأ المقصود هنا هو الخطأ فى الوقائع

(*erreur de fait*) ، كأن يتعامل شخص مع قاصر معتقداً أنه بالغ . فلا يشمل الخطأ الناشئ عن جهل للبداية القانونية (*erreur de droit*) ، كأن يتعامل شخص مع آخر يعلم بأنه قاصر وإنما يعتقد خطأ أن له حق التصرف قانوناً دون أخذ أجازة الوصى .

وهذا الشرط لا يلزم توافره الا عند بدء وضع اليد بحيث لو عرف واضع اليد بعد ذلك أن الشيء مملوك لآخر فلا يؤثر ذلك في حالته . وهناك استثناء لهذه الحالة إذا كان سبب وضع اليد البيع فيشترط توافر حسن النية ليس فقط وقت بدء وضع اليد بل أيضاً وقت الاتفاق على البيع .

وحسن النية مفروض في كل انسان حتى يثبت خصمه أنه سيء النية . أما السبب الصحيح فيجب على واضع اليد أن يثبته بما عنده من الأدلة حتى يستطيع أن يتمسك بوضع يده .

٢٧٩ — هل يكفي السند الظني لاكتساب الملكية بمعنى المرة ؟ هل يشترط في التقادم المكسب أن يستند وضع اليد إلى سبب صحيح موجود حقيقة أى إلى عقد بيع أو هبة مثلاً قد تم بالفعل ، أم يكفي أن يثبت واضع اليد حسن اعتقاده بوجوده حالة كونه غير موجود في الواقع ؟ أو ببساطة أخرى أيشترط في التقادم وجود سند حقيقى (*titre réel*) أم يكفي في ذلك السند الظنى (*titre putatif*) ؟ ان القاعدة التى قررها جوستيان في كتابه للنظم تقضى بأن الخطأ في وجود السند لا يبيح التقادم ، أى أن السند الظنى لا يكفي ، بل يجب أن يستند وضع اليد إلى سند حقيقى موجود بالفعل . إلا أن هناك نصوصاً منسوبة لبعض شراح العصر العلى تقضى بجواز أن يكون السند الصحيح مجرد سند ظنى ، متى كان لواضع اليد من الاسباب المعقولة ما يحمله على الاعتقاد خطأ بوجود السند الصحيح ، أى متى كان خطؤه مقبولا .

ب — التقادم بالمدة الطويلة ( *les prescriptions* )

٢٨٠ — فائدة ظهوره : التقادم القصير من طرق اكتساب الملكية التابعة للقانون المدنى ، فكان لا يمكن التمسك به لصالح أجنبي أو على أرض اقليمية . لذلك

كان لا بد من إنشاء نظام جديد للتقادم لسد هذا النقص لمصلحة واضعى اليد الأجنب أو واضعى اليد على عقارات اقليمية . هذا النظام الجديد هو نظام التقادم بالمدة الطويلة ( *praescriptio longi temporis* ) . ثم نشأ نظام آخر فى العصر الأخير من الامبراطورية ( عهد قسطنطين ) عرف بالتقادم الطويل جداً ( *praescriptio longissimi temporis* ) .

### ( *praescriptio longi temporis* ) التقادم الطويل

٢٨١ — مرسوم : كان الاعتقاد سائداً قديماً بأن هذا النظام من عمل البريتور وحكام الأقاليم . غير أن أوراق البردى التى اكتشفت حديثاً ، دلت على أنه نظام مستمد من القانون الأغرقي ، وأنه صار العمل به فى أواخر القرن الثانى من الميلاد بمقتضى أوامر امبراطورية . وقد تقرر هذا النظام أولاً لمصلحة واضعى اليد على الأراضى الاقليمية ، ثم طبق بعد ذلك لمصلحة الأجنب على المنقولات والأراضى الايطالية (١) . فهو نظام من نظم قانون الشعوب .

٢٨٢ — شروط : ليس هذا النظام طريقة مكتسبة للملكية ، بل هو وسيلة للدفاع تمنح ضد المالك لمن استمر وضع يده مدة طويلة بدون منازعة . وهو خاضع لنفس الشروط القانونية السابق بيانها فى التملك بمضى المدة القصيرة ( فيشترط فيه السبب الصحيح وحسن النية ) مع اختلاف فى مدة التقادم وفى كيفية احتسابها .

٢٨٣ — المرة فى التقادم الطويل : هى عشر سنين إذا كان المالك وواضع اليد مقيمين فى إقليم واحد ، وعشرون سنة إذا كانا مقيمين فى اقليمين مختلفين . ويلاحظ على هذه المدة أنها أطول بكثير من مدة التقادم السابق الكلام عليه وذلك راجع إلى اتساع أنحاء الامبراطورية الرومانية .

٢٨٤ — طريقة امتسابها : أما من حيث كيفية حساب المدة المتقدمة فيخضع هذا النظام للقواعد الآتية :

(١) تنقطع مدة التقادم الطويل برفع الدعوى أى أن مدة التقادم الطويل يجوز أن تنقطع مديناً أو طبيعياً .

(٢) يوقف مريان مدته بالنسبة لبعض أشخاص عاجزين عن قطعها . فتتضي قوانين شتى صدرت في القرن الثالث من الميلاد بعدم مريان مدة التقادم الطويل ضد الجندي الذي يغيب في خدمة عامة ، أو ضد الصبي غير البالغ ، حتى ينتهي العائق ، أى حتى حضور الجندي الغائب أو حتى بلوغ الصبي .

(٣) ضم مدد وضع اليد ( jonction des possessions ) — ماذا يحدث فيما إذا مات واضع اليد أو تصرف فيما تحته يده لآخر قبل تمام المدة المقررة قانوناً ؟ فرق فقهاء الرومان بين الخلف العام كالوارث ، وبين الخلف الخاص كالمتبني وكالموصى له بمال معين . فالأول يخلف سلفه تماماً في المدة وفي النية بصرف النظر عن نيته الشخصية ، لأن الخلف العام يمثل سلفه والوارث تستمر فيه شخصية المورث . أما الثاني فليس له ضم مدة سلفه ، بل يبدأ وضع يد جديد بشروطه اللازمة لاكتساب الملكية . لكن القانون الروماني الحديث — والراجح منذ أواخر القرن الثاني من الميلاد — سمح له بضم مدة سلفه بشرط أن يكون كل منهما حسن النية سواء أكان الخلف قد أخذ الشيء من سلفه بمقابل أو بغير مقابل .

٢٨٥ — طبيعة التقادم الطويل : سبق أن قلنا إن هذا التقادم وسيلة للدفاع ضد دعوى المالك الحقيقي . فليس يصحح القول بأن التقادم الطويل تقادم مسقط لدعوى الاسترداد التي للمالك الحقيقي بمضى ١٠ أو ٢٠ سنة . وعلى ذلك فإذا أهمل المالك الحقيقي المطالبة بملكه مدة ٢٠ سنة ثم قد واضع اليد الحيازة بعد ذلك فإن للمالك الحقيقي بالرغم من مضي المدة المذكورة استرداد ملكه من تحت يد واضع اليد الجديد . إذ دعواه لم تسقط بمضى المدة المذكورة .

كذلك لم يكن التقادم الطويل ( praescriptio longi temporis ) في الأصل طريقاً لاكتساب الملكية الإقليمية أو الأجنبية كالتقادم القصير الذي هو طريق لاكتساب الملكية المدنية . وعلى ذلك إذا قد واضع اليد الحيازة بعد تمام المدة المقررة قانوناً أى بعد ١٠ أو ٢٠ سنة على حسب الأحوال فليس له دعوى الاسترداد لاسترداد الشيء ، إذ هو لم يصبح مالكا بمضى المدة المذكورة .

ويستدل على أن التقادم الطويل كان في الأصل وسيلة للدفاع فقط من اسمه . فعبارة ( praescriptio ) تفيد ما يكتب في صدر برنامج الدعوى ، والظاهر أنه كان



في الأصل دفعا يكتب في صدر برنامج دعوى الملكية الحكم برفضها إذا ثبت وضع يد المدعى عليه مدة طويلة .

هذا في الأصل . غير أن التقادم الطويل صار فيما بعد وفي تاريخ غير معلوم بالضبط طريقة لا اكتساب الملكية .

التقادم الطويل جداً ( *La praescriptio longissimi temporis* )  
نشأ هذا النظام في العهد الأخير من الامبراطورية ويرجع أغلب الشراح إلى عهد قونستطين ، وكانت مدته في الأصل أربعين سنة ثم أنقصها الامبراطور تيودوز الثاني في سنة ٤٣٤ م إلى ثلاثين سنة .

٢٨٦ — طبيعة هذا التقادم وآثاره : لا يشترط في التقادم بمضى المدة الطويلة جداً السند الصحيح أو حسن النية . وهو ليس تقادماً مكسباً للملكية كالتقادم القصير ( *usucapio* ) ، كما أنه ليس فقط وسيلة للدفاع كالتقادم بمضى المدة الطويلة ( *praescriptio longi temporis* ) . وإنما هو تقادم مسقط ( *prescription extinctive* ) للدعوى التي للمالك الحقيقي ، فمن يتمسك به يصبح بعد مضي المدة المتقدمة مالكا لما تحت يده محرراً من كل القيود والتكاليف ، إذ المدة تسقط دعوى الاسترداد وكل الحقوق العينية المقررة على الشيء كحقوق ارتفاق أو رهون أو غيرها . فواضع اليد يكتسب ملكية جديدة غير الأولى .

### ج — التقادم في عهد جوستنيان

٢٨٧ — التقادم في أول عهد جوستنيان : كان نظام التقادم ، كطريقة لا اكتساب الملكية ، معقداً في أول عهد جوستنيان .

فهنالك التقادم بالمدة القصيرة ( *usucapio* ) ، ولو أنه فقد أهميته في حالة تسليم شيء نفيس ، لزوال التفرقة بين الأشياء النفيسة وغيرها .

وهناك التقادم بمضى المدة الطويلة ( *أى ١٠ أو ٢٠ سنة* ) الذي أصبح طريقاً مكسباً للملكية .

وأخيراً كان يوجد التقادم بمضى المدة الطويلة جداً ( *٣٠ سنة* ) باعتباره تقادماً مسقطاً .

٢٨٨ — اصوليات جوستينيان : عدل جوستيان نظام التقادم كله بقانونين صدر أولهما في سنة ٥٢٨ وثانيهما في سنة ٥٣١ . ويمكن تلخيص التعديلات المذكورة فيما يأتي :

(١) قرر قانون سنة ٥٢٨ نظاما للتقادم بمضى مدة ٣٠ سنة (praescriptio longissimi temporis) بمقتضاه يكتسب واضع اليد الملكية على العقار بشرط أن يكون حسن النية ولكن بدون اشتراط السبب الصحيح .  
(٢) أما بالنسبة لواضع اليد بدون سبب صحيح وبدون حسن نية ، فقد أبقى جوستيان نظام التقادم بمضى المدة الطويلة جدا الذي سبقت دراسته باعتباره تقادما مسقطاً . ومدة هذا النوع من التقادم ٣٠ سنة .

(٣) وبالنسبة لواضع اليد بسبب صحيح وبحسن نية ، أدمج جوستيان بقانون سنة ٥٣١ نظامي التقادم القصير (usucapio) والتقادم بالمدة الطويلة (praescriptio longi temporis) بعضهما في بعض وفرق بين وضع اليد على المنقول وبين وضع اليد على العقار :

(١) فيكتسب واضع اليد حسن النية وبسبب صحيح الملكية على المنقول بمضى ثلاث سنوات ويطلق جوستيان على مضي المدة هذا اسم (usucapio) .  
(ب) ويكتسب الملكية على العقار بمضى عشر سنين بين الحاضرين وعشرين سنة بين الغائين وأطلق عليه اسم (praescriptio) .

٢٨٩ — أثر أعلام التقادم الروماني في تشريعاتنا المصرية : أخذ القانون المدني الفرنسي بالمبادئ العامة الرومانية في تملك العقار بمضى المدة ( من المادة ٢٢٦٢ الى المادة ٢٢٦٥) . ولكنه احتفظ في المنقول بالتقاليد الجرمانية فص على أن مجرد وضع اليد عليه بحسن نية وسبب صحيح مكسب للملكية في الحال ، ما لم يكن مسروقا أو مفقودا . حيثن يكون تملكه بمضى ثلاث سنين (م - ٢٢٧٩) .

وقد اتبع المشرع المصري القانون الفرنسي في تملك العقار أو المنقول بمضى المدة . غير أنه عدل المدة في العقار ، فلم يفرق بين الإقامة في إقليم واحد أو إقليمين ، وجعل المدة خمس سنين متى توافر حسن النية والسبب الصحيح وخمس عشرة سنة اذا لم يتوافر — م ٤٦٠ ، ٧٦ ، ٨٦ أهلى .

### ٢٩ — نقل الملكية بنص القانون

٢٩٠ — قد تنتقل الملكية أيضاً بحكم القانون من شخص الى آخر . ويكون ذلك في الغالب على سبيل العقوبة . فمن ذلك :

- (١) حكم القانون الامبراطورى الذى ينقل الى الخزينة العامة (fisc) أو الى الملتزمين بالضرائب (publicains) ملكية الاموال المحجوز عليها نظير الضرائب.
- (٢) وحكم القانون الصادر من مجلس الشيوخ في عهد الامبراطور - Marc (Aurèle) الذى بمقتضاه يكتسب الشريك نصيب شريكه ، إذا لم يقر في ظرف أربعة شهور بدفع نصيبه في مصاريف اصلاح المنزل المشاع بينهما التى تكبدها الاول .
- (٣) ومن ذلك أيضاً أن من يأخذ ملكه بالقوة من حائزه بدلاً من الالتجاء الى القضاء يحرم من ملكيته لصالح هذا الحائز .
- (٤) وأخيراً أن من يترك عقارا خراجيا صالحا للزراعة يفقد بعد مضى سنتين ملكيته عليه لمن يستغله مع اعفاء هذا الأخير من الضريبة عشر سنوات .

### ٣٠ — نقل الملكية بحكم القاضى

( Transmission de la propriété par autorité de justice )

٢٩١ — من المبادئ الثابتة في القانون أن الأحكام كاشفة للحقوق لأمفنة لها . بمعنى أن وظيفة السلطة القضائية تنحصر في بيان الحقوق السابق وجودها وفي اعلانها لافى انشائها أو نقلها من شخص إلى آخر . ولكنها بصفة استثنائية تكون نافذة لحق الملكية عند الرومان في أحوال ثلاثة : (١) حالة القسمة القضائية (٢) حالة المنزل الآيل الى السقوط (٣) حالة الضرر الناشئ بفعل العبد أو الحيوان المملوك للغير . وتنتقل الملكية في الحالة الأولى بناء على حكم من القاضى ( juge ) ، أما في الحالتين الأخيرتين فبناء على قرار من الحاكم القضائى ( magistrat ) .

(١) مادة القسمة القضائية : ( adjudicatio ) (١) — وهى تشمل دعاوى ثلاثاً ؛ دعوى قسمة التركة ( actio familiae erciscundae ) ، ودعوى قسمة

(١) قارن مقالة الأستاذ ارنيجو رويو في مجلة القانون الرومانى ( Bull. diritto romano ) سنة ١٩٢٢ ،

الأموال المشاعة الأخرى ( *actio communi dividundo* ) . ودعوى فصل الحدود بين الجيران ( *actio finium regundorum* ) .

فإذا لم يتفق الورثة أو الشركاء على فصل الأنصبة ، ورفعت دعوى القسمة من أحد الورثة أو أحد الشركاء على الشيوخ ، قام القاضى بهذه القسمة . وحكم القاضى بالقسمة يعتبر ناقلاً للملكية فى جميع الأحوال ، أى سواء أتمت القسمة عينا باعطاء الورثة أو الشركاء حصصاً متساوية ، أم باعطائهم حصصاً غير متساوية مع إلزام من يأخذ الحصة الأعلى ثمناً أن يدفع ما زاد فيها عن نصيبه إلى صاحب الحصة الأقل ثمناً ، أم بطريق التصفية باعطاء الملك كله الى واحد منهم يلزم بتعويض الباقيين مالياً عن قيمة أنصبتهم ، إذ يعتبر الحكم قد نقل إلى كل شريك ما كان يمتلكه شركاؤه فى الحصة التى وقعت فى نصيبه .

كذلك اذا اختلف الجيران فيما بينهم على الحدود الفاصلة للملكهم ، ورفع أحدهم الدعوى الخاصة بذلك ، قام القاضى بتقرير الحدود ، وله فى سبيل ذلك أن يغير الحدود الحقيقية إذا لم يجد حداً مناسباً بين طرفي الملكين . فله أن يحكم بنقل ملكية جزء من مال الجار إلى جاره ، مع إلزام هذا الأخير بتعويض الأول عن قيمة هذا الجزء . وذلك بقصد انشاء حد جديد ظاهر منظم ، أو تثبيت حد طبيعى واقع فى أحد الملكين .

وبما أن حكم القاضى فى فصل المشاع أو الحدود ناقل للملكية من شريك الى آخر أو من جار الى جاره ، فان موضوع هذه الملكية ينتقل مثقلاً بما كان عليه من قبل من الحقوق العينية .

(٢) أما الحالة الثانية فتتلخص فى أنه اذا كان لشخص منزل مهدد بالسقوط ، ورفض أن يقدم ضامناً لتعويض الجار عما قد يحدث للملك من الضرر عند سقوط المنزل ، أصدر البريتور أمراً فى صالح الجار المشتكى بوضع يده على المنزل الآيل للسقوط ، فان أصر المالك على امتناعه بعد ذلك ، أصدر البريتور قراراً ثانياً بمنح الملكية البريتورية للجار على المنزل المذكور ، ويجعله فى مركز المكتسب للملكية الرومانية بمضى المدة القانونية على وضع يده .

(٣) وكذلك فى الحالة الثالثة تنتقل الملكية بأمر الحاكم القضائى . وهى حالة

ارتكاب عبد أو حيوان جريمة على الغير ، فالسيد أو المالك ملزم بمقتضى دعوى التخلي إما بدفع مبلغ الغرامة المقررة قانونا الى المجنى عليه وإما بالتخلي عن العبد أو الحيوان الذى وقع الضرر بسببه . فإذا تهرب السيد أو المالك من الدعوى المذكورة فان البريتور يتدخل في الأمر ، ويصدر الى المجنى عليه الأمر بالاستيلاء على العبد أو الحيوان . إلا أنه لا يكتسب بذلك الملكية الرومانية وإنما يكتسب فقط الملكية البريتورية ، التى تتحول الى ملكية رومانية بمضى المدة القانونية على وضع يده .

# الفصل الرابع

## في وسائل حماية الملكية

٢٩٢ — الدعاوى المقررة لصالح المالك : يحمى القانون الرومانى حق الملكية  
بوسائل شتى :

( ١ ) فللمالك دعاوى عينية للمطالبة بتثبيت ملكيته تعرف بدعاوى الملكية  
( actions pétitoires ) ، وصورتها الرئيسية دعوى الاسترداد .

( ٢ ) وفى الغالب يكون المالك واضعاً يده على ملكه ، فله من هذا الأساس  
أوامر وضع اليد لحماية يده على ملكه . ويفضل المالك عادة استخدامهما فى حالة فقده  
حيازة ملكه ، لعدم الحاجة فيها الى إثبات ملكيته كما تقدم عند دراسة نظرية  
وضع اليد .

( ٣ ) وله أيضاً بعض دعاوى شخصية موضوعها مقدار من النقود ، كدعوى  
السرقه ( actio furti ) ودعوى الاضرار ( actio legis Aquiliae ) فيما إذا لحق  
ماله ضرر بفعل الغير أو خطئه .

( ٤ ) وأخيراً له بعض دعاوى خاصة كدعوى وقف العمل الجديد ( operis novi  
nuntiatio ) بمقتضاها يحق للمالك الاعتراض على الأفعال الجديدة الضارة بملكه ،  
ودعوى الضرر المهدد به ( action damni infecti ) فى حالة ما إذا كان عقاره  
مهتداً بمنزل جاره الآيل الى السقوط .

( ٥ ) وأخيراً له دعوى الإنكار ( action négatoire ) على من يدعى أن له  
حق ارتفاق أو حق انتفاع على ملكه .

وسنقتصر على دراسة دعوى الاسترداد ( rei vindicatio ) ودعوى الإنكار  
( action négatoire ) والدعوى المقررة لحماية الملكية البريتورية والمساة  
( action publicienne ) .

## المبحث الاول — فى دعوى الاسترداد (La rei vindicatio)

٢٩٣ — تعريفها : كانت دعوى الاسترداد فى صورتها الأولى دعوى عينية مدنية يرفعها المالك للبطلالة برد ملكه اليه. فى دعوى عينية بحتة بقصد بها الحصول على الشئ. أو قيمته . ولكن اذا كانت دعوى الاسترداد كذلك فى الأصل ، فقد صارت تدريجيا دعوى مركبة (action complexe) ، فصارت لا ترفع للبطلالة بالشئ. وملحقاته فقط ، بل أيضا بتعويضات متعلقة بالشئ. فصارت دعوى عينية وشخصية فى آن واحد. وعلى ذلك يمكن تعريف دعوى الاسترداد بأنها « دعوى عينية ، بمقتضاها يتقدم المدعى ، باعتباره مالكا لشيء معين مطالبا بتثبيت حقه على الشئ. المذكور وبالحكم له بالتعويضات التى قد يكون محققا فيها » .

وسندرس دعوى الاسترداد فى أقسام ثلاثة : الأولى فى تاريخ دعوى الاسترداد والثانى فى شروط استعمالها والثالث فى موضوعها .

### § ١ — فى تاريخ دعوى الاسترداد (١)

مرت دعوى الاسترداد بأدوار متعددة ، تبعا لتطور نظام المرافعات والدعاوى. فكانت ترفع تحت نظام المرافعات القانونية ( legis actiones ) بطريق دعوى القسم ( sacramentum in rem ) ، ثم بطريق دعوى التعهد الشفوى ( procédure per sponsionem ) ، ثم صارت ترفع تحت نظام المرافعات الكتابية ( procédure formulaire ) بطريق دعوى الملكية التحكيمية ( procédure per formulam • petitoriam )

وقد تغيرت أحكام دعوى الملكية هذه فى عصر جوستينيان نتيجة لادخال نظام المرافعات الادارية ( procédure extraordinaire ) . وسندرس هذه التطورات فى أدواره الاربعة المذكورة .

٢٩٤ — ١ — دعوى القسم : ( sacramentum in rem ) كانت اجراءات هذه الدعوى تستلزم وجود الشئ المتنازع عليه فى مجلس القضاء ، فان كان

(١) راجع التوسع Wetzell, Römischer Vindicationsprocess, 1845

عقاراً فالظاهر أنها كانت تنظر في الأصل في محل وجود العقار . إلا أن (Gaius) يقول أنه إذا تعذر احضار الشيء المتنازع عليه في مجلس القضاء ، كما لو كان قطعياً من الغنم أو مالا ثابتاً ، فيكفي احضار جزء منه يكون رمزاً له .

٢٩٥ — ١ — امراءانها أمام الحاكم القضائي : تنحصر فيما يأتي :

( ١ ) يقرر كل من الخصمين في مواجهة الآخر بعد أن يلبسه بعصاه ويقبض الشيء المتنازع عليه ، أنه ملكه بحسب قانون الرومان ، (contravindicatio, vindicatio) . ثم يتدخل الحاكم القضائي فيأمرهما بترك الشيء المتنازع عليه ويكلف كلا منهما بحلف اليمين على صدق دعواه . (٢) ثم يتراهن الخصمان فيقول كل منهما للآخر حيث أنك طالبت بالشيء بدون وجه حق فاني أراهنك على ٥٠ أو ٥٠٠ آس ، وكان مبلغ الرهان ٥٠٠ آس في حالة ما إذا زادت قيمة الشيء المتنازع عليه عن ١٠٠٠ آس و ٥٠ آس إذا لم تزيد عن المبلغ المذكور . وكان يذهب مبلغ الرهان إلى الخزينة العمومية بالنسبة لمن خسر الدعوى . (٣) ثم ينظر الحاكم في أى الخصمين تكون له الحيازة مدة نظر النزاع . ويجب على من تقرر له وضع اليد على الشيء المتنازع عليه مدة النزاع ، أن يرده إذا خسر الدعوى . ويجب عليه أن يقدم لخصمه ضامين يتعهدون للحاكم برد الشيء إلى الخصم الآخر إذا انضح صدق يمينه . (٤) ثم يعين القاضي الذي سيفصل في موضوع النزاع . (٥) وتختتم اجراءات هذه الدعوى في الدور الاول أمام الحاكم القضائي ، بشهاد الحاضرين على تمام الاجراءات المتقدمة ، ويقال لهذا الاجراء الأخير الاشهاد على الخصومة ( litis contestatio ) .

٢٩٦ — ب — الدور الثاني لدعوى القسم أمام القاضي ( in iudicio ) : يشرح كل من الخصمين دعواه أمام القاضي ، الذي له أن يستأنس في تكوين عقيدته بكافة طرق الاثبات . فله أن يلجأ إلى التحقيق أو اليمين وله أن يأخذ بالاعتراف الخ

٢٩٧ — الحكم : ومتى ككون القاضي رأيه ، حكم في أيهما صادق في يمينه ( sacramentum iustum ) وأيهما كاذب فيه . ولكنه لا يتعرض في حكمه لموضوع الملكية فلا يثبت من هو المالك منهما .



٢٩٨ - طريقة تنفيذ الحكم : بقى أن نعلم طريقة تنفيذ الحكم المذكور ، أو عبارة أخرى كيف يصل من حكم بصدق يمينه إلى تأيد وضع يده إذا كان موضوع النزاع تحت يده أو الحصول عليه من خصمه إذا كان تحت يد هذا الأخير ؟

فإذا كان من كسب الدعوى هو الحائز ، فإنه يحتفظ بالشئ نهائياً ، ويصبح في مأمن من كل دعوى جديدة يرفعها خصمه ، بناء على قاعدة عدم جواز رفع الدعوى مرتين بشأن شئ واحد ( bis de eadem re ne sit actio ) .

أما إذا كان الشئ تحت يد من حكم بكذب يمينه ، فيجب عليه أن يسلمه إلى خصمه ، وإن لم يفعل أو صار رده متعذراً بفعله كأن يكون قد أعدمه ، فالظاهر أنه لا يمكن إجباره مباشرة على ارضاء خصمه عينا . بل كان للمحكوم له الرجوع على الضامين ، وكان له أيضاً أن يطلب إلى البريتور تعيين محكمين ثلاثة يقومون بتقدير قيمة الضرر الذى لحقه من جراء عدم التنفيذ وكان يلزم المحكوم عليه بدفع ضعف قيمة ثمرات الشئ على سبيل العقوبة .

٢٩٩ - غريب هذه الدعوى : كان لهذه الدعوى عيوب شتى : (١) فهي متعددة الاجراءات فضلا عن كثرة اجراءاتها التى كان الاخلال بواحد منها يجر معه بطلان الدعوى كلها . فقد كانت توجب على كل من الخصمين إقامة الدلائل على ملكيته وفى هذا تعقيد بلا موجب (٢) وكانت باهظة النفقات ، إذ كان يترتب على الفشل فيها الحكم بالرهان لصالح الحكومة ( ٥٠ أو ٥٠٠ آس على حسب الاحوال ) (٣) وأخيراً كان لا يفصل فيها في موضوع الملكية بصفة مباشرة ، بل يحكم فقط بصدق اليمين أو كذبها .

٣٠٠ - ٢ - دعوى التمسر الشفوى (procédure per sponsionem)  
لذلك هدى العمل إلى اجراء آخر تقوم فيه المطالبة بناء على تعهد شفوى . فيسأل المدعى المدعى عليه « هل تعدنى بأن تدفعلى مبلغ ١٢٥ آس إذا كان العبد الفلانى ملكى؟ » ويرد عليه هذا الأخير « نأى أعدك » . وينظر القاضى الدعوى الشخصية المرفوعة بناء على التعهد الشفوى للمطالبة بالمبلغ المتعهد به ، ويحكم فيها إذا كان المدعى يستحق المبلغ المذكور من عدمه . ويلاحظ وجود مدع واحد ومدعى عليه واحد ، وهو واضح اليد ، في هذه

الدعوى . وذلك لأنه لما نظمت حماية وضع اليد بالأوامر ، صار موضوع النزاع يسلم لمن له من الخصمين حق حماية وضع يده ، حتى يفصل في النزاع . وأصبح واضح اليد في مركز سلبى في غير حاجة لاثبات ملكيته حتى يثبت المدعى ملكيته . ولكنها كدعوى القسم لا يفصل فيها في موضوع الملكية بصفة مباشرة .

٣٠١ - ٣ - دعوى الملكية التحكيمية ( Formula petitoria ) : بقى العمل بالطريقة المتقدمة في العصر العلى ، ولكن لما وجد فى أواخر الجمهورية نظام المرافعات الكتابية ، حيث يسمع الحاكم القضائى طلبات الطرفين بصورة عادية وبغير عبارات أو اشارات رسمية ويحيل بعد ذلك الدعوى على حكم بمقتضى برنامج كتابى ( formule ) يبين له فيه مطالب الخصمين والوقائع التى يحققها وما يحكم به إذا ثبتت هذه الوقائع ، نقول لما وضع هذا النظام صارت ترفع دعوى الاسترداد أيضاً فى صورة دعوى ملكية ، وأصبح الحكم الصادر فيها لتعيين المالك من الطرفين لبيان الكاذب منهما فى يمينه . وكانت صيغتها تحكيمية إذ كان البريتور يذكر فى البرنامج الخاص بها ، وذلك بعد تعيين الحكم الذى يفصل فى موضوع الدعوى ، ما يأتى :

« وإذا ثبت لك ( أى الحكم ) بأن فلانا ( المدعى ) مالك لكذا ( وهو الشيء المتنازع عليه ) طبقاً للقانون الرومانى وإذا لم يرد المدعى عليه الفلانى الشيء فأحكم عليه بالقيمة والا ( أى إذا لم يظهر لك ذلك ) فأبرىء ذمته . »

فصيحة دعوى الملكية كما تتبين هى صيغة مدنية ( in ius ) أى تستند إلى القانون المدنى ، وتحكيمية ( arbitraire ) إذ يعلق الحكم فيها على عدم قيام المدعى عليه بالرد طبقاً لأمر القاضى ، والجزء الخاص فيها بالحكم ( condemnatio ) غير معين بل يترك للقاضى حرية تقديره فهو الذى يقدر ما يجب على المدعى عليه رده أو دفع قيمته إلى المدعى ، وأخيراً فإن الحكم فيها دائماً يكون بمبلغ من النقود .

ولم يكن المدعى عليه ملزماً بالدفاع فى دعوى الاسترداد ، بل له رفض برنامج الدعوى بترك الشيء المسترد . فإذا أراد الدفاع فى الدعوى كان له أن يتعهد ، ومعه ضامنون ، على تنفيذ الحكم وعلى المدعى أن يثبت ملكيته ، بل إن هناك أحوالاً

ربما لا يحكم فيها على المدعى عليه ولو أثبت المدعى ملكيته. وذلك إذا أثبت المدعى عليه بأن له دفعا من الدفوع التي تسمح له باحتفاظه بالشيء، كما إذا كان له وضع اليد عليه بناء على حق رهن حيازي ( *exceptio pignoris* ) ، أو حق ملكية رتيورية ( *exceptio rei venditae et traditae* ) ، أو بناء على أن المدعى لم يدفع له قيمة مصروفاته واصلاحاته التي أحدثها بالشيء .

فإذا أثبت المدعى ملكيته ، ولم يكن لدى المدعى عليه شيء من الدفوع المتقدمة ، كان للقاضي قبل الحكم على المدعى عليه ، أن يطلب اليه ، إذا كان الشيء تحت يده ، أن يرده ومعه ملحقاته . فإن رفض حكم عليه بمبلغ التعويض الذي يقدره المدعى يمينه . إنما للقاضي ، إذا تبين له ، بأن المدعى قد غالى في تقديره ، أن ينقصه الى الحد المعقول . وبذلك أصبح رد الشيء إلى صاحبه ، هو الغرض المباشر من الحكم . إنما ترك تنفيذ ذلك إلى إرادة المحكوم عليه .

٣٠٢ - ٤ - دعوى الاسترداد في عمره مستنباه : بقى العمل بنظام المرافعات الكتابية حتى القرن الثالث من الميلاد ، حيث حل محله نظام المرافعات الادارية . فصارت تنظر الدعاوى في دور واحد أمام الحاكم القضائي ، وهو موظف يعين من قبل الامبراطور ، ويتولى بنفسه نظر الدعوى وتحقيقها والحكم فيها ويقوم أيضاً بتنفيذ حكمه بمعونة رجال السلطة العامة .

فبمقتضى هذا النظام الجديد كان يحكم القاضي برد الشيء ، وبصير تنفيذ حكمه بالرد هذا ( *jussus restituendi* ) بمعونة رجال الحكومة قهراً عن إرادة المحكوم عليه ، مادام ذلك ممكناً ، بأن كان الشيء تحت يده . فإذا تعذر الرد عينا ، إما لهلاك الشيء أو تنصرفة فيه ، فانه يحكم عليه بالقيمة والتعويض . وبصير التنفيذ بهما على أموال المحكوم عليه ، يبعها بالمزاد بمعرفة رجال الحكومة ، حتى يفي ثمنها بالمبلغ المحكوم به كما هي الحال في الشرائع الحديثة .

#### § ٢ - في شروط دعوى الاسترداد

هذه الشروط على أنواع ثلاثة ، فبعضها يتعلق بالشيء المتنازع عليه ، وبعضها يتعلق بالمدعى ، وبعضها خاص بالمدعى عليه .

٣٠٣ - ١ - الشروط الخاصة بموضوع النزاع : يجب أن يكون الشيء رومانياً ، مادياً ، ومتميزاً عن غيره . فدعوى الاسترداد لا تشمل في القديم الأشياء غير النفيسة ، وهي لا ترفع للمطالبة بشيء . معنى كحق عيني آخر غير حق الملكية أو حق شخصي ، وكذلك لا يصح رفعها لاسترداد مبلغ من النقود إلا إذا كانت منفصلة ومتميزة عن غيرها بأن كانت في كيس محتوم ، وكذلك لا يجوز استرداد حجر كريم مركب في خاتم إلا إذا فصل عنه ابتداء بدعوى مستقلة ( actio ad exhibendum ) .

٣٠٤ - ٢ - الشروط الخاصة بالمرعى : يجب أن يكون المدعى رومانياً أو في حكمه ، وأن يكون غير واضح يد على ما يطالب به وإلا كان له حيازة بنظام الأوامر .

٣٠٥ - ٣ - الشروط الخاصة بالمرعى عليه : لا يشترط ، كما في دعوى القسم ، أن يدعى المدعى عليه الملكية ، بل يكفي أن ينكر هذا الحق على المدعى . إنما يشترط فيه أن يكون واضحاً يده ( possesseur ) على الشيء المتنازع عليه . حتى إذا ما خسر الدعوى أمكنه رد الشيء إلى المدعى .

إلا أنه ، منذ العصر العلي ، أمكن رفع دعوى الاسترداد على الحائز ( détenteur ) أيضاً كالمستأجر مثلاً . ولكن قد يهمل الحائز في الدفاع فيحكم بالملكية لمدعيه . وبذلك يضار المالك الظاهر ، لأنه يلزم في حالة ما إذا أراد استرداد ملكه من المدعى في الدعوى الأولى أن يثبت ملكيته ، بعكس ما إذا رفعت الدعوى من الأصل عليه بدلاً من الحائز ، فإنه كان يتمتع بمركز سلبى حتى يثبت المدعى ملكيته . لذلك تقرر في عصر الامبراطور قونستنتين ( حوالى ٣٣٢ م ) على الحائز في المثال المتقدم ، أن يخطر المالك الظاهر بدعوى الاسترداد المرفوعة عليه ، حتى يتمكن هذا الأخير من الدفاع عن حقه . وقد أجاز جوستينيان رفع دعوى الاسترداد على غير الحائز في حالتين :

١ - إذا كان المدعى عليه قد أخرج المال من حيازته بسوء نية قبل رفع الدعوى ، بأن تصرف فيه أو أهلكه أو هجره .

٣ — اذا قبل رفع الدعوى عليه واستمر فيها باعتباره واضع اليد، بقصد تضليل المدعى عن الحائز الحقيقي حتى يكتسب هذا الأخير الملكية بمضى المدة .  
ويقال للمدعى عليه في الحالتين المتقدمتين الحائز الصورى ( ficti possessores )  
ويكون القرض من رفع الدعوى عليه هو عقابه على غشه وتدليس .

### § ٣ — موضوع دعوى الاسترداد

تؤدى دعوى الاسترداد في صورتها الأخيرة ، الى ضمان رد الشيء الى المدعى ، في حالة إثبات الملكية ، قهراً عن المدعى عليه ، اذا كان ذلك ممكناً ، بأن كان الشيء موجوداً تحت يد المدعى عليه ، أو الى دفع قيمته ، اذا تعذر الرد عينا ، بأن تصرف فيه أو أهلكه مضافاً الى ذلك ملحقات الشيء وثماره . وقد يترتب عليها علاوة على ما تقدم الحكم على المدعى عليه بتعويض عن هلاك الشيء أو تلفه الناشئ عن فعله أو خطئه ، كما أن المدعى عليه نفسه له أن يستخدم دعوى الاسترداد المرفوعة عليه للطلبية بتعويضه عن المصروفات التي يكون قد أنفقها في المحافظة على الشيء أو إصلاحه .  
وسندرس تباعاً كلا من الموضوعات المتقدمة .

٣٠٦ — رد الشيء : كان يتم رد الشيء في العصر العلمى تحت نظام المرافعات الكتابية تنفيذاً لتحكيم القاضى ( arbitrium ) . فهو الذى كان يعين للمدعى عليه ما يجب عليه رده وطريقة الرد . فاذا لم يكن المدعى عليه مالكا وقت الاشهاد على الخصومة ، ولم يكتسب الملكية في أثناء نظر الدعوى بمضى المدة المقررة قانوناً للتقادم ، فإن القاضى يأمره بنقل وضع اليد على الشيء الى المدعى . أما اذا اكتسب الملكية بالتقادم في أثناء نظر الدعوى أمره القاضى ، مستنداً الى وقت الاشهاد على الخصومة ، بنقل ملكية الشيء الى المدعى بالطريقة المناسبة لذلك كالأشهاد مثلاً إذا كان الشيء نفيساً .

أما في عهد جوستيان فكان القاضى يقضى بملكية المدعى للشيء ذاته ، لزوال التفرقة بين الأموال النفيسة وغيرها .

٣٠٧ — الثمرات : أما فيما يتعلق بالثمار التي يجب على المدعى عليه ردها أو دفع قيمتها ، فكان القانون الرومانى في عهد جوستيان يفرق بين الثمار التي فصلت

قبل زمن الاشهاد على الخصومة ( litis contestatio ) ، وبين التي فصلت بعده ، وبين واضع اليد بحسن نية وواضع اليد بسوء النية ( وتقدير حسن النية هنا أو سوء النية إنما يكون بالنظر الى وقت الفصل لا وقت بدء وضع اليد ) .

١ — فمما يتعلق بالثمار المفصولة بعد زمن الاشهاد على الخصومة ، فإن القانون لا يفرق بين واضع اليد حسن النية وواضع اليد سوء النية ، بمعنى أن كلا منهما يلزم بردها أو دفع قيمتها لعلهما باحتمال الحكم عليهما برد الشيء . ولا فرق في ذلك بين الثمار التي جنت بالفعل وبين التي كان يجب جنيها ، وكذلك لا فرق بين الثمار المستهلكة فعلا وبين الثمار الباقية .

٢ — أما فيما يتعلق بالثمار المفصولة قبل زمن الاشهاد على الخصومة ، فإنه يجب التفرقة بين واضع اليد حسن النية وواضع اليد سوء النية . فالأول كقاعدة عامة يملك هذه الثمار بمجرد انفصالها فلا يلزم بردها . إلا أن جوستيان قيد الحكم المذكور بشرط استهلاكها ، بمعنى أن واضع اليد حسن النية يلزم برد الثمار الباقية . وأما الثاني ( واضع اليد سوء النية ) فحكمه أنه يلزم برد جميع الثمار أيا كانت أو بدفع قيمتها .

٣٠٨ — التعريض عن المهرج أو التلف : كذلك قد يسأل المدعى عليه عن هلاك الشيء الجزئي أو تلفه . وذلك مع التفرقة بين ما إذا كان الهلاك الجزئي أو التلف قد حدث بعد الاشهاد على الخصومة أو قبله . ففي الحالة الأولى يسأل المدعى عليه عن هذا الهلاك أو التلف سواء أنشأ عن غشه أم خطئه بل ولو نشأ عن حادث جبري ، إذ بالنعقاد الدعوى صار مهدداً باحتمال ظهور أنه غير مالك فيجب عليه أن يعنى كل العناية بحفظ الشيء المتنازع عليه . إنما يعنى من هذه المسؤولية ، إذا أثبت أن الشيء كان هالكا على أى حال ولو كان تحت يد المدعى ، كما إذا هلك الشيء في كارثة عامة ، كغرق شمل بلد المدعى والمدعى عليه مثلا .

أما إذا هلك الشيء أو تلف قبل الاشهاد على الخصومة ، فلا يسأل واضع اليد عن ذلك إذا كان حسن النية ، ويسأل عنه إذا كان سوء النية وكان الهلاك أو التلف ناشئاً عن غش منه أو عن خطئه .

٣٠٩ — استرداد المصروفات : إذا أنفق المدعى عليه من ماله على الشيء-

لحفظه أو اصلاحه فله مطالبة المدعى بما صرف . ويفرق جوستينيان بين المصروفات الضرورية ( *impenses nécessaires* ) والمصروفات النافعة ( *impenses utiles* ) ومصروفات الزخرفة أو الزينة ( *impenses voluptuaires* ) .

فالمصروفات الضرورية هي التي صرفت لحفظ الشيء وصيائه بحيث لولاها لهلك الشيء . ويجوز للمدعى عليه المطالبة بها كلها ، وهذا بدون تفرقة بين واضح اليد حسن النية وواضح اليد سيئ النية ، لأنه لو كانت العين تحت يد المالك لاضطر لأجرائها حيث هي لازمة لصيانة ملكه .

والمصروفات النافعة هي التي تزيد في قيمة الشيء كالبناء مثلا . وهذه يجوز للمدعى عليه المطالبة بها إذا كان حسن النية ، وذلك بقدر ما زاد بسببها في قيمة الشيء ( *plus-value* ) ، بشرط أن لا يزيد ذلك عما صرف حقيقة . أما إذا كان سيئ النية فلا حق له في المطالبة بها ، إنما له حق الإزالة ( *jus tollendi* ) بشرط عدم الضرر .

أما نفقات الزخرف والزينة فلا يلزم بها المدعى ، لأنها كماليات تعمل عادة لمنفعة واضعها ، وله أن يأخذ منها ما يمكن نزعها بغير تلف .

ويلاحظ أن على واضع اليد إن أراد أن يتمسك بحقه في المصروفات المتقدمة أن يطالب بها في أثناء نظر الدعوى بطريق الدفع . فإذا رد الشيء قبل قبض المصروفات التي يستحقها فقد فقد حقه فيها ، إذ ليست له دعوى بالمصروفات المذكورة ، بل كان عليه أن يحبس الشيء تحت يده حتى يوفيه المدعى ما يستحقه من هذه المصروفات .

### المبحث الثاني - في دعوى الإنكار ( *L'Action négatoire* )

٣١٠ - موضوعها : هي دعوى عينية ( *in rem* ) مدنية ( *in jus* ) يرفعها المالك على الغير ، الذي مع عدم منازعته في ملكية الأول للملك يدعى بأن له حق ارتفاق عليه ، بنى حق الارتفاق المذكور واثبت أنه المالك لكل العين وألا حق الغير فيها في انتفاع أو حق مرور الخ .

هذه الدعوى تجمعى حق الملكية بأكمله ، فهى تشترك مع دعوى الاسترداد فى ذلك . وهى تماثلها من حيث اجراءاتها وأحكامها . فكانت ترفع تحت نظام الدعاوى القانونية ( legis actiones ) بطريق دعوى القسم العينية ، ثم بطريق الدعوى الشخصية المبنية على التعهد الشفوى ، ثم فى العصر العلمى بطريق دعوى الملكية التحكيمية . وكذلك يتبع فيها من حيث الموضوع أحكام دعوى الاسترداد .

وانما تختلف عن دعوى الاسترداد من بعض الوجوه :

(١) فبينما دعوى الاسترداد لا يجوز رفعها الا من المالك غير الحائز ، فان دعوى الانكار يجوز رفعها من المالك ، ولو كان واضعاً يده على ملكه بأكمله ، أى ولو لم يكن الغير يستعمل فعلاً حق الارتفاق الذى يدعيه .

(٢) كذلك يختلف أمر القاضى ( arbitrium ) الى المدعى عليه عند ثبوت دعوى المالك فى كل من الدعويين . ففي دعوى الاسترداد يكون أمر القاضى دائماً بالرد ، وهذا بخلاف الحال فى دعوى الانكار ، اذ قد يكون بالرد كما فى حالة المنتفع الذى تكون العين تحت يده فعلاً ، وقد يكون وهو الغالب بالزام المدعى عليه على التعهد باحترام ملكية المدعى وعدم التعرض له .

(٣) وأخيراً تختلف الدعويان من حيث ماهية الاثبات الملقى على عاتق المدعى ، وهى مسألة اختلف فيها الشراح فى دعوى الانكار ، وذهبوا فيها مذاهب ثلاثة (١) . فبرى المذهب الاول ، وهو المجمع عليه تقريباً فى فرنسا ، بأنه يجب على المالك أن يقيم الدليل على ملكيته ويثبت خلو ملكه من كل حق عليه للغير . وأما المذهب الثانى ، وهو الراجح فى ألمانيا ، فانه لا يطلب من المالك سوى اثبات ملكيته فقط ، فان فعل افترض خلو ملكه من كل الحقوق العينية عليه ، ولزم اذن على المدعى عليه أن يثبت الحق الذى يدعيه . ويفرق المذهب الثالث بين حالتين : حالة ما إذا كان المالك يحوز العين بأكملها ، أى ما اذا كان الغير لا يستعمل فعلاً الحق الذى يدعيه ، وحالة ما إذا كان المالك يحوز العين مقيدة باستعمال الغير فعلاً للحق المذكور . ففي الحالة الاولى لا يلزم المالك بأكثر من اثبات ملكيته ، وعلى المدعى عليه اثبات



الحق الذي يدعيه . وفي الحالة الثانية يجب على المالك فوق اثبات ملكيته نفي حق الغير على ملكه . وهذا الرأي الأخير ، مع كونه مؤيداً من النصوص ، يخالف نظرية القانون الروماني القائمة بعدم جواز وضع اليد على حقوق الارتفاق .

## المبحث الثالث — في الدعوى البريتورية لحماية الملكية

( L'action Publicienne )

٣١١ — تاريخها : تنسب هذه الدعوى الى أحد الحكام القضاة باسمه ( Publicius ) . وهو الذي ادمج صيغتها ( formule ) في المنشور البريتوري ( l'Edit ) . ولكن لا يعلم تاريخ ظهورها بالضبط . على أنه بما لاشك فيه أنها لاحقة لظهور صيغة دعوى الملكية إذ هي صورة منها ، وانما سابقة لعهد الفقيه ( Sabinus ) إذ الظاهر انها كانت معلومة لديه .<sup>(١)</sup>

وقد فقدت هذه الدعوى في عهد جوستينان جزءاً كبيراً من مجال تطبيقها ، لزوال حالات الملكية البريتورية التي كانت تحميها . وخصوصاً حالة من يكتسب مالا نفيساً بطريق التسليم . ونعلم من دراستنا السابقة كيف زال في عصر جوستينان تقسيم الأشياء الى نفيسة وغير نفيسة وكيف صار التسليم الطريقة الاختيارية الوحيدة لنقل الملكية بالنسبة لجميع الأشياء .

٣١٢ — صيغتها : ويمكن استخلاص صيغتها من نص من النصوص المحفقة لجايوس ( Gaius IV,36 ) ، يقرر منح هذه الدعوى لمشتري حصل على الشيء بطريق التسليم ثم فقد وضع يده عليه قبل اتمام مدة وضع يده المكسب وهاك صيغتها « إذا كان الشيء الذي اشتراه المدعي والذي حصل عليه بالتسليم يجب اعتباره ملكاً له طبقاً للقانون الروماني مع اقراض وضع يده عليه مدة سنة .. الخ » .

٣١٣ — مصادرها : يمكننا أن نستنبط من الصيغة المتقدمة خصائص هذه الدعوى . فهي دعوى عينية ( in rem ) مدنية ( in ius ) وصورية ( fictice ) ، إذ ترفع بصيغة دعوى الاسترداد مع اقراض أن المدعي أتم مدة وضع اليد المكسب

(١) أنظر جزار طبعة سنة ١٩٣٩ ، ص ٣٧٥ هامش ٢

للملكية . فهي تفترض حيثذ توافر الشروط اللازمة للتقدم من جانب المدعى ما عدا المدة القانونية ، فيجب لاستعمالها أن يكون المدعى قد وضع يده على العين التي يطالب بها بسند صحيح وحسنية ، ولكن لا يشترط أن يكون قد وضع يده المدة المقررة قانوناً لا اكتساب الملكية ( سنة أو سنتين على حسب الأحوال ) .  
على ذلك فالدعوى المتقدمة يمكن استخدامها من كل شخص في طريق اكتساب الملكية بمضى المدة . فهي ممكنة عملاً بالنسبة لفريقين من الأشخاص :

( ١ ) بمن لهم الملكية البريتورية .

( ٢ ) ومن واضعى اليد بحسنية وهم من اكتسبوا الشيء من غير مالكة بحسنية . وبحسن دراسة هذه الدعوى بالنسبة لكل فريق على افراد لاختلاف أحكامها بالنسبة لكل .

#### ١ - بالنسبة لأصحاب الملكية البريتورية

٣١٤ - من ر استعمالها : تمنح هذه الدعوى للمالك البريتورى الذى فقد وضع يده للطالبة برد الشيء اليه وتثبت حقه عليه .

فهى تعطى لمن حصل على شيء نفيس بطريق التسليم وبسند صحيح ، وهى الصورة المهمة للملكية البريتورية . وتعطى أيضا لغيره بمن اكتسبوا الملكية البريتورية وقد اتينا على بعض منهم عند الكلام على نقل الملكية بحكم قضائى<sup>(١)</sup> .

وهى تسمح للمالك البريتورى من استرداد ملكه فى مواجهة كافة واضعى اليد ٣١٥ - الرفع بالملكية ( exceptio justi dominii ) : أما اذا رفع المالك البريتورى دعواه على صاحب الملكية الرومانية ، فلا يكون نصيبه النجاح فى كل الأحوال ، إذ للمالك الرومانى اسقاط دعواه بدفع الملكية (exceptio dominii) .

٣١٦ - الرد برفع النفس أو الشيء المبيع أو المسلم : إنما للمالك البريتورى وسيلة للرد على الدفع المتقدم فى حالة ما إذا كان تسليم الشيء النفيس إليه قد صدر من المالك الحقيقى نفسه . فله أن يرد على دفع المالك بالنفس أو بالشيء المبيع والمسلم ، وكأنه يقول له لقد بعث لى هذا الشيء النفيس ولم أكتسب ملكيته لعدم حصول الاشهاد وإنى مع تسليعى ببقائك مالكا لهذا الشيء الا أنك سئىء النية فى عدم ترك

الشيء الى وقد بعته وسلته لى ، ففي هذه الحالة ينجم المالك البريتورى فى دعواه قبل المالك الرومانى الذى باعه الشيء وسله اليه .

§ ٢ — بالنسبة لواضع اليد بحسن نية

( La publicienne du possesseur de bonne foi )

٣١٧ — فائزها بالنسبة لهم : تعطى أيضا الدعوى المتقدمة (action publicienne) لواضع اليد بحسن نية <sup>(١)</sup> . ولكن كيف تمنح هذه الدعوى لواضع اليد وهو لا يعتبر مالكا حتى فى نظر القانون البريتورى ؟

ذلك أن واضع اليد بحسن نية ، كالمالك البريتورى ، فى حالة توصله الى اكتساب الملكية بمضى المدة ، إذ لا ينقصه لذلك سوى المدة المقررة قانونا للتقادم . فيمكنه إذن الانتفاع من الدعوى المذكورة وهى قائمة على افتراض تمام مدة وضع اليد .

وقد سبق أن درسنا المزايا التى يتمتع بها واضع اليد ، فهو يكتسب الملكية بمضى المدة ، ويكتسب الثرات ، ويتمتع بمركز المدافع فى دعوى الاسترداد المرفوعة عليه من المالك ، وأخيراً له التمتع بأوامر وضع اليد .

وعلى ذلك يمكننا التساؤل عن الفائدة التى يرجوها واضع اليد من رفعه دعوى الملكية البريتورية ، ولديه نظام الأوامر يحميه فى حالة التعرض لوضع يده أو فقده له ؟ يمكننا الجواب على ذلك بأن نظام الأوامر ، وإن كان سريع الاجراءات ، إلا أنه باهظ النفقات . كما أنه لا يودى إلى تأييد حق واضع اليد إلا مؤقتاً ، إذ يترك موضوع الملكية جانباً . ويجب ألا ننسى أن دعوى استرداد الحياةزة ، كما انتهت إليها أوامر رد الحياةزة فى عصر جوستينيان ، مقيدة بمدة سنة . فلا يكون أمام واضع اليد حسن النية بعد مضى هذه السنة سوى دعوى الملكية البريتورية لاسترداد العين التى خرجت من تحت يده .

وهكذا يمكننا أن نقرر استخدام واضع اليد لهذه الدعوى سواء من حيث الشكل أو من حيث الموضوع .

(١) وان كان بعض الشراح ، ومنهم (Briaz) و (Appleton) يعارض فى منح هذه الدعوى إليهم - انظر جيرار ، طبعة سنة ١٩٢٩ . ص ٣٧٦ مائش ١ .

ولكن إذا كان لواضع اليد حسن النية وسيلة لاسترداد الشيء عند فقد وضع يده عليه ، فإنه لا ينتج دائماً في استرداده . إذ قد يعترض دعواه بعض الدفوع التي تؤدي إلى إسقاط دعواه . هذه الدفوع هي :

٣١٨ - ١ - الرفع بالملكبة : (l'exception Justi domini) : فإذا رفع واضع اليد دعواه على المالك الحقيقي الذي عاد إليه ملكه ، فهذا الأخير أن يدفع بملكبته ، وليس لواضع اليد في هذه الحالة أن يرد بالغش أو بالشيء المبيع والمسلم ، ويخسر إذن دعواه إذا أثبت المالك صحة دفعه أي أثبت أنه المالك الحقيقي .

مثال ذلك إذا اشترى ( أ ) من ( ب ) شيئاً غير مملوك لهذا الأخير فإن ( أ ) لا يكتسب الملكبة ، بل يعتبر فقط واضع يد ، ولكن يمكنه اكتساب الملكبة بالتقادم . فإذا فقد وضع يده على المبيع قبل تمام مدة التقادم وعاد المبيع إلى مالكه الحقيقي ( ح ) ثم رفع ( أ ) دعواه على ( ح ) وهي الدعوى البريتورية المذكورة ، كان للمالك وهو ( ح ) أن يدفع هذه الدعوى بدفع الملكبة . ويترتب على هذا الدفع رفض الدعوى إذ ليس لدى ( أ ) ما يرد به عليه .

٣١٩ - ٢ - الرفع بنافذ السر : (l'exception paris bonae fidei possessionis) : قد يفقد واضع اليد دعواه أيضاً إذا رفعها على واضع يد بحسن نية مثله . إنما يجب أن نفرق بين حالتين :

الحالة الأولى : إذا اكتسب الاثنان الشيء من شخصين مختلفين غير مالكيين ، فواضع اليد الحالي منهما هو الذي ينتج في الدعوى المذكورة .

مثال ذلك اشترى ( أ ) شيئاً من ( ب ) وهو غير مالك . وفقد ( أ ) وضع يده على المبيع فيشرته ( ح ) من ( د ) وهو أيضاً غير مالك . فإذا رفع ( أ ) الدعوى على ( ح ) مطالباً بإياه برد الشيء إليه كان لهذا الأخير أي ( ح ) أن يدفع دعوى ( أ ) بوضع يده ، ويترتب على دفعه هذا أن يفقد ( أ ) دعواه بناء على القاعدة المشهورة « عند تكافؤ السند يفضل واضع اليد » ( in pari causa melior est possidentis ) . فكلاهما في مركز مساوٍ للآخر ، إذ كل منهما واضع يد بحسن نية ، وإنما يمتاز واضع اليد الفعلي بوضع يده ولذلك يحتفظ به .

الحالة الثانية : اذا اكتسب الشيء من شخص واحد غير مالك ، فان واضع اليد الاول منهما هو الذى يفوز فى الدعوى المذكورة ، اذ له الدفع بالأسبقية (l'exception rei primo venditae et traditae).

يمكننا أن نستنبط بما تقدم أن واضع اليد لا ينجح فى دعواه البريتورية الا فى مواجهة واضع يد أضعف مركزاً منه سواء أكان من الوجهة القانونية أم من وجهة وضع اليد .

٣٢٠ - الدعوى البريتورية فى عصر جوستنيان : فقدت هذه الدعوى كثيراً من أهميتها فى عصر جوستنيان . فقد كانت تستخدم كوسيلة لحماية الملكية البريتورية وخصوصاً فى حالة نقل شيء نفيس بطريق التسليم وهى حالة زالت بزوال التفرقة بين الأشياء النفيسة والأشياء غير النفيسة .

وصار مجال تطبيقها مقصوراً على واضعى اليد بحسن نية . هذا ويقول جوستنيان بجواز استعمال هذه الدعوى البريتورية من المالك الرومانى (propriétaire quiritaire) بدلاً من دعوى الاسترداد ، إذ هى أسهل من الأخيرة من حيث الإثبات (١).

وهكذا صارت أهمية الدعوى المتقدمة محدودة فى عصر جوستنيان وهى غير موجودة فى قانوننا الحاضر . فليس لواضع اليد الآن دعوى ملكية (action pétitoire) بل له فقط استعمال دعاوى وضع اليد (actions possessoires) .

---

(١) انظر فى علاقة الدعوى البريتورية بدعوى الاسترداد فى القانون الفرنسى (Appleton) ، المجلة العامة للقانون ، سنة ١٩٢٣ ، ص ١٥٤ — وكولان وكايتان ، الجزء الاول ، نبة ٩٦٢ .

# الباب الثاني

## في الحقوق العينية المقررة على مال الغير

( Jura in Re Aliena )

هي حقوق عينية ، أى واقعة مباشرة على الشيء مثل حق الملكية ، ولكنها تختلف عنها فى أنها مقررة على عين مملوكة للغير ، ولذلك يطلق عليها عبارة ( jura in re aliena ) . هذه الحقوق كانت محدودة العدد فى القديم ، ثم صار عددها وفيراً فى عهد جوستينيان .

لحقوق الارتفاق وحدها هي التي ترجع إلى عهد القانون القديم . وربما رجعت إلى نفس التاريخ الذي ظهرت فيه الملكية الفردية . ويظهر هنا أيضاً . كما فى باب الملكية ذلك التمييز بين طريقة اكتساب الحق وسند اكتسابه . فالارتفاق المجرد لا يكفي لإنشاء حق ارتفاق ، بل لابد من طريقة ( mode ) لإنشائه . إلا أن هناك استثناء خاصاً بحقوق الارتفاق الإقليمية ، فقد تنشأ بالارتفاق وحده . وكذلك الحقوق العينية البريتورية والأمبراطورية ، وهي الرهن غير الحيازي ( hypothèque ) والاستقرار ( superficie ) والحكر ( emphytéose ) واجارة الأراضى الخراجية ، فانها تنشأ أيضاً بمجرد الاتفاق بدون حاجة إلى نقلها بطريقة خاصة .

وسندرس تباعاً هذه الحقوق فى فصلين : الأول فى حقوق الارتفاق ، والثانى فى باقى الحقوق العينية الأخرى .

# الفصل الأول

## في حقوق الارتفاق ( Les servitudes )<sup>(١)</sup>

حق الارتفاق يمكن تعريفه بأنه حق عيني مقرر على مال مملوك للغير لمنفعة شخص معين أو لمنفعة عقار معين .

نستنبط من ذلك أن حقوق الارتفاق عند الرومان تنقسم الى قسمين :

١ - حقوق ارتفاق عينية ( servitudes réelles ) وهي التي تطابق حقوق الارتفاق كما نفهمها الآن ، أى تكاليف مقررّة على عقار لمنفعة عقار آخر مملوك لشخص آخر ، كحق المرور وحق الشرب .

٢ - وحقوق ارتفاق شخصية ( servitudes personnelles ) وهي المقررة لمنفعة شخص معين . وتشمل حق الاتّفاع وحق الاستعمال وحق السكنى وحق استخدام العبيد أو الحيوان . وسندرس :

أولاً : تاريخ حقوق الارتفاق

وثانياً : أنواع حقوق الارتفاق ومفرداتها

وثالثاً : طرق انشائها واكتسابها

ورابعاً : أسباب زوالها

وخامساً : وسائل حمايتها

## المبحث الاول - في التطور التاريخي لحقوق الارتفاق

٣٢١ - مقررة الارتفاق العينية الزراعية : كانت أول حقوق الارتفاق التي ظهرت بروما هي حقوق الارتفاق الزراعية أى المقررة لمنفعة الاراضي الزراعية . وهي المسماة ( servitudes praediorum rusticorum ) كحق المرور وحق الشرب وهي موجودة حتى وقتنا الحاضر .

(١) راجع : Destruy, Propriété et servitudes en droit romain, 1885, pp 254-491.

ويذهب بعض شراح القانون المدني الى اعتبار حق الارتفاق جزءا من حق الملكية، نشأ بفصل المالك منفعة عن حقه لاعطائها الى مالك آخر. الا أن هذا الرأي، مع أنه يقبل النقد من الوجهة النظرية البحتة، غير صحيح من الوجهة التاريخية. إذ من الثابت أن حق الارتفاق لم ينشأ من طريق المنح من المالك، وإنما كان كأثر من آثار استغلال الأراضي وقت أن كانت الملكية جماعية (propriété collective)، فعند ما وزعت هذه الأراضي كنتيجة لظهور نظام الملكية الفردية، دعت الضرورة إلى تقرير حقوق ارتفاق لمصلحة بعض العقارات على العقارات الأخرى لامكان الاستمرار في الانتفاع بها كما في القديم.

وقد نصت الألواح الاثنا عشر على أهم الارتفاقات الزراعية كحق المرور والشرب والمجرى. ولكنها لم تذكر بخصوصها عبارة الارتفاق. ذلك أن فكرة الارتفاق، باعتباره تكليفا مقررأ على عقار يملك للغير، لم تكن قد عرفت بعد. بل كان المنتفع بحق الارتفاق يعتبر مالكا للجزء الذي يتنفع به، فصاحب حق المرور مثلا مالك للمرور وصاحب حق الشرب مالك للمجرى أو المسقى الخ. ثم ميز الرومان بين الحق ذاته، وهو شيء معنوي، والشيء محل الحق والمملوك للغير. وبذا أمكن القول بأن حق الارتفاق هو حق (res incorporalis) مقرر لعقار على عقار آخر. ويقال للعقار المنتفع من حق الارتفاق العقار المخدم (fonds dominant) أو المرتفق ويسمى العقار المقرر عليه العقار الخادم (fonds servant) أو المرتفق به.

٣٢٢ — ظهور مفهوم الارتفاق العينية البنائية: كانت حقوق الارتفاق الزراعية هي حقوق الارتفاق الأولى التي عرفت في روما. غير أنه لما أعيد إنشاء روما بعد تحريرها من رجال الغال عند غزومها في سنة ٣٩٠ قبل الميلاد، ظهرت حقوق ارتفاق جديدة لمنفعة العقارات المبنية. وتعرف حقوق الارتفاق هذه بالمدينة أو البنائية (servitudes praediorum urbanorum). اذشيدت المباني الجديدة متلاصقة وبحيطان مشتركة مما دعا الى تقرير حقوق ارتفاق على بعضها لمنفعة البعض الآخر كحق المطل وحق الاستناد وحق المسيل الخ.



٣٢٣ — **ظهور حقوق الارتفاق الشخصية** : وأخيراً ظهرت في القرن السابع روماً حقوق ارتفاق جديدة على مال الغير وهي حق الانتفاع وحق الاستعمال وحق السكنى وحق استخدام العبد . ويسمى جوستينيان حقوق الارتفاق الشخصية ( *servitutes personarum* ) لأنها مقررة لمنفعة شخص . وهي حقوق عينية كحقوق الارتفاق العقارية .

٣٢٤ — **صفات عامة لقانون الارتفاق** : لماذا أطلق جوستينيان على هذه التكاليف المقررة لمنفعة شخص معين عبارة الارتفاق ؟

سميت كذلك لأن لها صفات مشتركة مع حقوق الارتفاق العينية :

١ — فجميعها حقوق عينية ، فحق الارتفاق الشخصي كحق الارتفاق العيني ، مسلط مباشرة على شيء للغير ونافذ على كل حائز لهذا الشيء ، ومحمي بدعوى عينية تتبع العين أينما كانت . ويترتب على ذلك أن لصاحب حق الارتفاق أن ينتفع بالعقار الخادم أو أن يمنع إجراء شيء معين عليه ولكن ليس له أن يطلب إلى مالك العقار الخادم أن يفعل أمراً ما . وهو ما يعبر عنه بقولهم ( *servitus in faciendo consistere non potest* ) . فهذا المبدأ مشترك بين حقوق الارتفاق العينية والشخصية .

٢ — وهي حقوق عينية مقررة على مال الغير فلا يمكن أن يكون لشخص حق ارتفاق على ماله . وهو ما يعبر عنه بقولهم ( *Nemini res sua servit* ) .

٣٢٥ — **اربع الاختلافات بين حقوق الارتفاق العينية والشخصية** : إلا أن هناك اختلافات هامة بين النوعين ويمكن حصرها فيما يأتي :

١ — حقوق الارتفاق العينية رابطة بين عقارين ، العقار الخادم والعقار المخدوم ، أو هي مقررة على عقار لمنفعة عقار مملوك لشخص آخر .

بخلاف حقوق الارتفاق الشخصية فهي مقررة لمنفعة شخص معين .

٢ — حقوق الارتفاق العينية لا تكون إلا على عقار ، بخلاف حقوق الارتفاق الشخصية فقد تكون في بعض الأحوال على منقول .

٣ — حقوق الارتفاق العينية — وهي علاقة بين عقارين — دائمة كحق الملكية

ما دام العقاران . فينفع بها جميع الملاك المتتابعين للعقار المخدم ، ويحملها جميع الملاك المتتابعين للعقار الخادم .

بخلاف حقوق الارتفاق الشخصية . فهي غير دائمة بطبيعتها ، بل هي موقوتة على الأكثر بوفاة صاحبها .

## المبحث الثاني - في أنواع حقوق الارتفاق ومفرداتها

§ ١ — حقوق الارتفاق العينية ( Les servitudes prédiales )

٣٢٦ — نعرغها ونفصّلها : حق الارتفاق العيني حق عيني مقرر على عقار ويقال له العقار الخادم ، لمنفعة عقار آخر يقال له العقار المخدم .

يترتب على ذلك ١ — أنه لما كان حق الارتفاق العيني رابطة بين عقارين ، كان لابد من التصاق العقارين ( *causa naturalis* ) حتى يمكن استعماله . وقد كانت هذه القاعدة مطلقة في القانون القديم ، اذ لم يتصور في هذا العصر قيام حق ارتفاق بين عقارين غير متصلين . ثم استبعدت هذه القاعدة بالنسبة لحقوق الارتفاق البنائية . فيمكن تقرير حق المثلل بين عقارين يفصلهما ميدان أو حديقة .

٢ — حق الارتفاق العيني مقرر لمصلحة عقار لا لمصلحة شخص معين . يترتب على ذلك أن حق الارتفاق العيني يتكون من منفعة تزيد في قيمة العقار المخدم لامن منفعة شخصية لمالك هذا العقار . فحق اجراء المياه في ملك الجار ، أى الأرض المجاورة ، يمكن أن يكون محلاً لحق ارتفاق . أما حق الصيد الذى يكون لشخص على عقار فلا يكون موضوعاً لحق ارتفاق .

٣ — حق الارتفاق العيني قد دائم أو أبدي مادام العقاران (*causa perpetua*)

٤ — لا يجوز التصرف فيه مستقلاً عن العقار فلا يجوز بيعه أو اجارته أو رهنه أو حجزه مستقلاً .

٥ — وهو حق غير قابل للتجزئة . فإذا قسم العقار الخادم أو المخدم على عدة شركاء فكل منهم يلتزم في نصيبه بالحق كله وينتفع به كله . وكذلك إذا كان العقار مملوكاً لعدة أشخاص فلا يجوز تقرير حق ارتفاق عليه من غير رضا جميع الشركاء في الملك .

٣٢٧ — التمييز بين حقوق الارتفاق العينية الزراعية والبنائية : سبق أن بينا أن حقوق الارتفاق العينية نوعان : زراعية وبنائية . ولكن ما هو أساس التمييز بينهما ؟

ترجع هذه التفرقة إلى شكل العقار المخدم . فحقوق الارتفاق البنائية هي المقررة لمنفعة عقار مبنى ، ولو لم يكن بالمدن . أما حقوق الارتفاق الزراعية فهي المقررة لمنفعة عقار غير مبنى ، ولو كان كاتباً بالمدينة . فحق الارتفاق الواحد قد يكون في بعض الاحوال بنائياً اذا كان مقررّاً لمنفعة عقار مبنى ، وقد يكون بذاته زراعياً اذا كان مقررّاً لمنفعة عقار غير مبنى (١) .

لهذه التفرقة أهمية خاصة في القانون الروماني ، إذ كان يعتبر حق الارتفاق الزراعي دون البنائي من الأشياء النفيسة ، كما أنهما يختلفان من حيث أسباب زوالهما كما سيأتي بعد .

٣٢٨ — أهمهم حقوق الارتفاق الزراعية : حقوق الارتفاق الزراعية كقاعدة : 'مّة حقوق ايجابية ، بمعنى أنها تستلزم للانتفاع بها قيام صاحب العقار المخدم بأفعال مادية على العقار الخادم عن القيام بعمل معين بملكه . وأقدم هذه الحقوق هي الاتية :  
١ — حق المرور وكان أنواعاً ثلاثة : ١ — ( iter ) ويسمح لصاحبه بالمرور بأرض الجار راجلاً أو راكباً : ٢ — ( actus ) ويسمح لصاحبه عدا ماتقدم أن يمر بمواشيه أيضاً . ٣ — ( via ) ويشمل عدا ماتقدم أن يمر بعربات .

ب — وحق المجرى ، أي اجراء المياه في أرض الجار المجاورة لرى الأرض منها ( acquae ducendae ) . ثم نشأ بعد ذلك حق سقي الدواب الزراعية على أرض الغير ، وحق رعيها في مرعى الغير ، ثم حق أخذ رمال أو أحجار أو أشجار من أرض الغير أو غابته لاستخدامها في أرضه .

٣٢٩ — حقوق الارتفاق البنائية : قد تكون ايجابية أو سلبية . وهاك أهمها : حق تصريف المياه المنزلية بأرض الجار ( cloaca ) وهو أقدم حقوق الارتفاق البنائية . ثم نشأت حقوق جديدة لم يمكن تصور نشوئها الا بعد أن استبدلت بالمباني

(١) راجع جيفار ، طبعة سنة ١٩٣٤ ، الجزء الاول ، ص ١٠ ، هامش ٥١

القديمة التي كانت على دور واحد مباني مكونة من عدة أدوار ، ومنها حق الاستناد (servitude d'appui) فوق حائط الجار أو تركيب ألواح السقف فيها ، وحق المظل (de vue ou de jour) وهو حق التمتع بالنظر وبالنور ويستلزم عدم البناء من الجار ، وارتفاق عدم التعليل (servitus altius non tollendi) ، وحق تصريف مياه الأمطار على مباني الجار .

#### ٢٤ - حقوق الارتفاق الشخصية (Les servitudes personnelles)

هي حقوق عينية مقررة لمنفعة شخص على مال مملوك لشخص آخر . فهي حقوق مؤقتة . وكما يمكن تقريرها على عقار يمكن تقريرها أيضا على منقول . وهي محصورة العدد ، وقد حصرتها الامبراطور جوستنيان في أربعة : ( ا ) حق الانتفاع ( ب ) حق الاستعمال ( ج ) حق السكنى ( د ) حق استخدام العبد أو الحيوان .

وقد زال النوع الأخير ( حق استخدام العبد والحيوان ) من القوانين العصرية وبقيت حقوق الانتفاع والسكنى والاستعمال ، ولكن لا باعتبارها حقوق ارتفاق بل كحقوق عينية .

#### ١ - هو الانتفاع (L'usufruit) (١)

٣٣٠ - تعريف : يمكن تعريفه بأنه حق استعمال شيء مملوك للغير والتمتع بثمراته بشرط استبقاء عينه .

فهو يشمل حق الاستعمال (jus utendi) أو (usus) ، وحق أخذ الثمرات (jus fruendi) أو (le fructus) ، دون حق التصرف (jus abutendi) أو (l'abusus) .

٣٣١ - مبادئ : ١ - هو حق عيني ، فعلاقة المنتفع مع المالك تختلف كل الاختلاف عن علاقة المستأجر والمالك . فالمنتفع ، كالمستأجر ، له الانتفاع بالشيء . وأخذ ثمراته . ولكن حق المستأجر شخصي ، والعلاقة الناشئة بينه وبين المالك

(١) راجع كيك ، طبعة سنة ١٩٢٨ ، ص ٣٣٢ و ٣٤١ - ومقال ( Masson ) المنشور في مجلة تاريخ القانون ، سنة ١٩٣٤ ، ص ٨ - ٨ ؛ و ١٦١ - ٢١٨ - ومقال ( Buckland ) المنشور في مجلة ( Law Quarterly Review ) ، سنة ١٩٣٧ ، ص ٣٢٦ - ٣٤٨ .

علاقة شخصية ، أى علاقة التزام . وعلى خلاف ذلك لا يوجد ، كقاعدة عامة ، أى التزام بين المالك والمتنع ، اذ للمتنع حق عيني على الشيء مباشرة .

٢ — حق الانتفاع حق مؤقت ، فهو موقوف كقاعدة عامة بحياة المتنع ، وغير قابل للتصرف فيه ، فلا يجوز للمتنع التصرف فيه . إنما يجوز له التنازل عن استعماله للغير لمدة حياته .

يترتب على ذلك أن المتنع اذا أجر الشيء ثم توفى قبل انتهاء الاجارة ، فإن الاجارة يقف أثرها بوفاة المتنع . ولا يخفى ما فى ذلك من الغبن على المستأجر الذى يكون قد تحمل نفقات كثيرة بقصد تهيئة العقار للاستغلال .

٣ — وأخيراً هو حق قابل للانقسام ، بخلاف حقوق الارتفاق العينية كما قدمنا .

٣٣٢ — الأشياء التى يصح تقرير الانتفاع عليها : يمكن تقرير حق الانتفاع على عقار أو منقول ، ولكن بشرط ألا يكون من الأشياء التى تهلك بمجرد استعمالها . إذ لا يخول الانتفاع للمتنع حق التصرف فى الشيء والاستهلاك نوع من التصرف . ولكن هذه القاعدة لم تستمر على إطلاقها ، فقد صدر فى أوائل الامبراطورية قانون يبيع الوصية بحق الانتفاع على الأموال المثلية والتقود التى يتركها الموصى عند وفاته ويقال له شبه الانتفاع ( quasi usufruit ) . ويكون المتنع فى هذه الأحوال مالكا للشيء محل حقه ، فله الانتفاع به باستهلاكه أو التصرف فيه ، ولكنه يلتزم برد مثله أو قيمته عند انتهاء الانتفاع بسبب من أسباب زواله .

كذلك تقرر جواز انشاء شبه حق انتفاع على مقدار من التقود كدين . وللمتنع فى هذه الحالة أن يقبض ألساط الدين وفوائده وله قبض الدين اذا استحق وله استغلاله وأخذ غلته ، على أن يرد أصل الدين عند انتهاء الانتفاع .

٣٣٣ — مفروض المتنع : ١ — له حق استعمال الشيء وملحقاته ، كركوب الدابة أو سكنى الدار .

٢ — له حق استغلال الشيء ، أى جنى ثمراته ، سواء أكانت طبيعية كثمار الأشجار وتاج النواب ( دون أولاد الرقيقة ) ، أم مدنية . ويشمل كل فائدة يحصل عليها المتنع من تنازله عن حقه فى أخذ الثمرات سواء بيعه أو تأجيريه ، كأجرة المنزل أو الأرض الزراعية .

ولما كان حق الانتفاع حقاً شخصياً مقررًا لمنفعة المنتفع ، لم يكن لهذا الأخير حق التصرف فيه . أما يجب أن نفرق بين الحق ذاته وبين استعماله . إذ للنتفع أن يتنازل عن حقه في أخذ الثمرات لغيره ، سواء حصل هذا التنازل بعوض أم بدون عوض . وإنما يبقى حق الانتفاع ذاته متعلقاً بشخصه ، ويستمر المنتفع مرتبطاً بالواجبات المترتبة على الحق المذكور قبل المالك ، وليس له أن يتخلص منها بأي تصرف من التصرفات .

ولما كان المنتفع حائزاً فقط ( simple détenteur ) ، لم يكن له الانتفاع بأوامر وضع اليد . ولكن سئى أن البريتور منحه الأوامر المذكورة بطريق التوسع .

٣٣٤ - عمدة المنتفع بمالك الرقبة - التزامات المنتفع : ترجع طبيعة هذه العلاقة الى طبيعة حق الانتفاع نفسه باعتباره حقاً عينياً . فهو حق مباشر على الشيء للنتفع استعماله مستقلاً عن المالك . فلكل منهما حق مستقل عن الآخر ، للمالك سلطة التصرف في العين وللمنتفع سلطتها الاستعمال والاستغلال .

لذلك كانت هذه العلاقة لا تتضمن أى التزام على أحد الطرفين قبل الآخر (١) . ومثلها مثل مالكين متجاورين كل منهما وشأنه في ملكه مع احترام ملك غيره بعدم سرقة أو إتلافه اتباعاً للبادئ العامة . فلم يكن على المنتفع أن يعتنى بالعين أو يحافظ عليها من الخطر أو الضرر ، وله أن ينتفع بها وألا ينتفع ولو ترتب على اهماله الانتفاع ضرر بالعين .

كذلك لم يكن على المنتفع أن يتكلف مشقة رد العين بالفعل الى مالكها عند انتهاء حق الانتفاع ، بل له أن يتركها أو يهملها حتى يسعى اليها مالكها أو يطالب بها . لذلك تدخل البريتور لعلاج هذه الحالة . فالزم المنتفع بأن يعتنى بالعين عناية رب الأسرة بأمواله عادة ، وأن يتعهد بردها بنفسه عند نهاية حق الانتفاع أو بواسطة ورثته بعد وفاته .

الا أن هذا الالتزام بالرد لا ينشأ عن حق الانتفاع ذاته ، وإنما عن تعهد

المتنفع به ، ذلك التعمد الذى كان يلزمه البريتور به عند تسلبه العين المقرر عليها حقه . وكان يضمنه في هذا التعمد ضامنون يكفلون رد الشيء عند نهاية الانتفاع به . ويقال لهذا التعمد (cautio usufructuaria) ، وهو مثل للاشتراطات البريتورية (stipulations prétoiriennes) . وهكذا نشأت التزامات معينة على المتنفع في علاقته مع مالك الرقة .

هذه الالتزامات المقررة على المتنفع يقرها أيضاً القانون الحاضر ، ولكنها لا تنشأ من اشتراطها على المتنفع عند ابتداء الانتفاع كما في القانون الرومانى ، وإنما تلزمه بحكم القانون نفسه ، الذى جعل هذا الاشتراط ضمنياً في جميع الأحوال .

## ٢ - حقوق الارتفاق الشخصية الأخرى

٣٣٥ - ١ - من الاستعمال (droit d'usage) : هو حق عيني مقرر على مال الغير وشبه بحق الانتفاع مع هذا الفارق وهو أن لصاحبه حق الاستعمال (jus utendi) دون حق الاستغلال (jus fruendi) . فليس لصاحب الحق أن يستثمر حقه ببيعه أو تأجيريه ولا أن يتصرف فيه بالهبة لغيره لأنه حق متعلق بشخصه ومقصود به منفعة الخاصة . غير أنه من الصعب التفرقة بين الاستعمال والاستغلال في حالة ما إذا كانت العين المقرر عليها الحق المذكور من الأشياء المثمرة (choses frugifères) . لذلك قضت بعض نصوص القانون الرومانى بجواز تمتع صاحب حق الاستعمال بجزء من ثمرات العين المقرر عليها حقه وذلك بالقدر اللازم له ولاسرهته ، حتى يكون لهذا الحق فائدة جديدة (١) .

٣٣٦ - ٢ - من السكنى (droit d'habitation) : هو نوع من حق الاستعمال خاص بالمنازل . ولذلك كان من الصعب التمييز بينهما . إلا أن فقهاء الرومان فرقوا بينهما من الأوجه الآتية : ١ - حق السكنى ، بخلاف حق الاستعمال . لا يسقط بالموت المدنى أو بعدم الاستعمال ٢ - صاحب حق السكنى ، وإن كان محروماً من التصرف في حقه بدون عوض كهبته ، فإن له الكسب منه ببيعه أو إيجارته مثلاً .

(١) انظر في حقوق من له حق الاستعمال كيك ، طبعة سنة ١٩٢٨ ، ص ٢٤٠

٢٣٧ - ٣ - هو استخدام الرقيق أو الحيوانات المنزلية (operae) :  
وينشأ هذا الحق عادة بطريق الوصية لمنفعة الورثة من الأقارب ، وغالباً الزوجة .  
وهو ، كالحق المتقدم ، يتميز عن حق الاستعمال من الوجهين المذكورين ، مضافاً  
اليهما انتقاله إلى ورثة الموصى إليه به عند وفاته .

## المبحث الثالث

### في طرق إنشاء حقوق الارتفاق أو اكتسابها

بعد أن درسنا تاريخ حقوق الارتفاق وأنواعها ، يصبح أن نبين القواعد الخاصة  
بطرق اكتسابها . ذلك أن حق الارتفاق في القانون القديم ، كحق الملكية ، كان لا بد  
لإنشائه من طريقة خاصة بذلك ، ولا يكفي الاتفاق وحده لتحقيق الغرض المذكور .  
ولم يستثن من هذه القاعدة سوى حقوق الارتفاق المقررة على العقارات الإقليمية .  
غير أن هذه القاعدة قد تعدلت في عصر جوستنيان . لذلك سندرس :  
أولاً - طرق اكتساب حقوق الارتفاق في القانون القديم .  
ثانياً - طرق اكتساب حقوق الارتفاق الخاصة بالعقارات الإقليمية .  
ثالثاً - طرق اكتساب حقوق الارتفاق عموماً في عصر جوستنيان .

### ( أولاً ) طرق اكتساب حقوق الارتفاق في القانون القديم

يمكن إنشاء حق الارتفاق بأحدى طريقتين : إما بطريقة مباشرة بأن يقرره  
المالك مباشرة على ماله لمنفعة غيره كأن يقرر الموصى في وصيته حق الانتفاع على  
ماله لآخر أو يبيع حق المرور على أرضه لمنفعة جاره ، وإما بطريقة غير مباشرة  
بأن يحتفظ به المالك عند التنازل عن ملكه لشخص آخر كأن يبيع أرضه أو  
يوصى بعقاره إلى آخر مع الاحتفاظ بحق ارتفاق عليه لمصلحته أو لمصلحة ورثته  
أو لمصلحة عقار آخر له .

وتسمى الطريقة الأولى ( translatio servitutis ) ، أى نقل الحق إلى آخر .  
ويقال للطريقة الثانية ( deductio servitutis ) ، أى الاحتفاظ بالحق أو نقصه  
من الملكية التي يتنازل عنها .



٣٣٨ - إنشاء حقوق الارتفاق بطريقة مباشرة (translatio servitutis) :  
يمكن أن يتم ذلك بأحد الأسباب الآتية :

١ - بالوصية ، فيقرر الموصى حق الارتفاق في وصيته .

٢ - بالدعوى الصورية وذلك باستخدام دعوى الاعتراف (action confessoire) وهي الدعوى المقررة لحماية حقوق الارتفاق بصفة صورية . فيتقدم من يراد إنشاء حق الارتفاق لمصلحته مع المالك أمام الحاكم القضائي ، ويدعى الحق المراد تقريره ولا يتنازع المالك في ادعائه ، فيؤيد الحاكم ذلك .

٣ - بالاشهاد بالنسبة لحقوق الارتفاق الزراعية التي تعتبر وحدها من الأشياء النفيسة . فإذا لم يستعمل الاشهاد في تقريرها ، لا تنشأ هذه الحقوق في نظر القانون المدني .

٤ - بحكم القاضي ( adjudicatio ) في دعاوى قسمة المشاع أو التركة أو فصل الحدود السابق الكلام عليها في باب نقل الملكية بمعرفة السلطة القضائية . فللقاضي في الدعاوى المذكورة أن يقرر حق ارتفاق لأحد الخصوم على عقار الآخر .  
يلاحظ على ما تقدم أن طرق اكتساب حقوق الارتفاق محدودة وأقل عدداً من طرق اكتساب الملكية . فلا يجوز اكتساب حق الارتفاق باستعماله مدة معينة أو بطريق التسليم . ويرجع ذلك الى أن حق الارتفاق على نقيض الملكية حق معنوي ، ومضى المدة أو التسليم يستلزم وضع اليد ، وهو لا يكون الا على الأشياء المادية ، وحيث لا يمكن وضع اليد على حق الارتفاق ، فلا يمكن اكتسابه بمضى المدة أو نقله بطريق التسليم .

٣٣٩ - إنشاء حقوق الارتفاق بطريقة غير مباشرة ( deductio servitutis ) وهو عبارة عن إنشاء حق الارتفاق تبعاً لنقل ملكية العين المراد تقرير حق الارتفاق عليها كما اذا قسم مالك ملكه الى قطعتين ، باع احدهما واحتفظ بالآخرى ، ولكنه يريد أن يقرر لمصلحة القطعة التي احتفظ بها حق ارتفاق كحق مرور مثلاً على القطعة التي تصرف فيها ، فيشترط لمصلحته في العقد الناقل للملكية حق المرور المذكور .

هذه الطريقة غير ممكنة ، كقاعدة عامة ، الا اذا استخدم لنقل الملكية طريق من الطرق الرسمية كالوصية أو الاشهاد أو الدعوى الصورية .

( ثانياً ) طرق اكتساب حقوق الارتفاق على الأراضي الاقليمية

٣٤٠ — اكتساب حقوق الارتفاق الاقليمية بالاتفاق المصحوب بتقرير شفوي ( pactes et stipulations ) : كانت الأراضي الاقليمية معتبرة من الأشياء غير النفيسة ، ولذا كان لا يمكن استخدام الاشهاد أو الدعوى الصورية لإنشاء حقوق ارتفاق عليها . انما كان يمكن تقرير هذه الحقوق عليها بمجرد اتفاق الطرفين على تقريرها مع تعهد المالك بأن يمكن صاحب الارتفاق من استعمال حقه . (١)

( ثالثاً ) طرق اكتساب حقوق الارتفاق في عهد جوستنيان

لم يبق من طرق القانون القديم سوى الوصية وحكم القاضي . أما الاشهاد والدعوى الصورية فقد زالا في عصر الامبراطورية . واستبدل بالاشهاد ، كطريقة غير مباشرة لإنشاء حق الارتفاق ، التسليم . واستبدل بالدعوى الصورية ، كطريقة مباشرة ، الاتفاق المصحوب بالتعهد الشفوي الذي عم تطبيقه بالنسبة لجميع الأموال بعد أن كان مقصوراً على الأراضي الاقليمية كما تقدم آنفاً .

هذا - وهو المهم - فقد أمكن اكتساب حق الارتفاق أيضاً بمضى المدة وبطريق التسليم الذي سمي فيما يتعلق بحقوق الارتفاق بشبه التسليم ( quasi - traditio ) .

٣٤١ — شبه وضع اليد على حقوق الارتفاق : وقد انتهى الأمر بفقهاء الرومان الى تقرير امكان وضع اليد على حق الارتفاق . فكما أنه يجوز أن يضع شخص يده على ملك الغير بأن يظهر عليه بمظهر المالك ، يجوز أيضاً أن يظهر عليه بمظهر المنتفع أو صاحب حق المرور . وقد جاء ذلك نتيجة لحماية البريتور المنتفع فعلاً بحق الارتفاق بنظام يشبه نظام وضع اليد . فقد منحه أوامر خاصة فيما يتعلق بحقوق الارتفاق العينية ، وأوامر وضع اليد بطريق التوسع فيما يتعلق بحق الانتفاع .

(١) راجع كوليه ، في مجموعة الابحاث ، Travaux de Perozzi ، الجزء الاول ، ص ١٦١ .

وسمى وضع اليد في هذه الحالة بشبه وضع اليد (quasi possessio) ، احتراماً للتفريق القديم بين الأشياء المعنوية والأشياء المادية . وكان من نتيجة جواز اكتساب الارتفاق اجبارياً بمضى المدة أن تقرر اكتسابه أيضاً اختيارياً بشبه التسليم (١) .

٣٤٣ — التقادم الخاص بحقوق الارتفاق : ويكتفى لاكتساب حق الارتفاق بمضى المدة استعماله فعلاً المدة المقررة قانوناً للتقادم ، وهي ١٠ أو ٢٠ سنة على حسب الأحوال ، بدون اشتراط السبب الصحيح أو حسن النية ، ولكن بشرط ألا يكون وضع اليد معيباً ، أى ألا يكون خفياً أو مستنداً على القوة أو الاكراه .

٣٤٣ — شبه التسليم كطريقة لإنشاء حقوق الارتفاق : يكون ذلك بتوافر أمرين :

- ١ — الاستعمال (usus) ، أى استعمال من تقرر له الارتفاق هذا الحق بالفعل .
- ٢ — وبترك المالك صاحب حق الارتفاق يستعمل حقه المذكور . لذلك كانت هذه الطريقة مقصورة على تقرير حقوق الارتفاق الإيجابية .

## المبحث الرابع — في أسباب زوال حقوق الارتفاق

لما كان حق الارتفاق حقاً عينياً مقررأ في أغلب الأحيان على عقار ، فانه كقاعدة عامة حق أبدي أو دائم مادام العقار . ومع ذلك قد يسقط بأحد الأسباب الآتية :

٣٤٤ — ١ — فناء امر المالك الارتفاق : لما كان الارتفاق حقاً عينياً مقررأ لمنفعة شخص معين أو عقار على مال مملوك للغير فانه يزول بأحد الأمور الآتية :

(١) فناء الشخص أو العقار المقرر الارتفاق لمنفعته . فيقضى بهلاك العقار المخدم ويموت صاحب الارتفاق الشخصى أو بانقضاء شخصيته ، مع استثناء حق السكنى واستخدام العبيد أو الدواب فهما لا يسقطان بالموت المدنى . ويلاحظ

(١) انظر مقال كوليه « La tradition des servitudes dans le droit de Justinien » المنشور في

أن الموت المدني لا يترتب عليه هذا الأثر المسقط ابتداء من عهد جوستينان بالنسبة لحقوق الارتفاق الشخصية الأخرى، وهى حق الانتفاع والاستعمال، إلا فى درجته القصوى والوسطى<sup>(١)</sup>.

(ب) بقاء المال المقرر عليه الارتفاق، وذلك بزوال موضوع الحق مادياً أو قانونياً كخضبة البحر للعقار الخادم، أو موت العبد المقرر عليه حق الانتفاع، أو بتحويل العقار الخادم إلى مال عام أو شئ مقدس.

(ج) باتحاد الذمة، كما إذا تملك صاحب الارتفاق العين المقرر عليها حقه، تطبيقاً للقاعدة المشهورة بأنه لا يجوز أن يكون لشخص حق ارتفاق على ملكه (Nemini res sua servit).

٣٤٥ — ٢ — تنازل صاحب الحق: قديماً كان لا يكتفى التنازل وحده لسقوط حق الارتفاق، بل كان يجب أن يتم التنازل بطريقة رسمية عكسى لطريقة انشائه. ثم قرر البريتور أن من تنازل عن حقه فى الارتفاق لا يجوز له التمسك به ثانية، بل يجوز دفع دعواه بطلب تثبيت حقه بدفع الغش (exceptio doli).

٣٤٦ — ٣ — حلول الأجل أو تحقق الشرط الفاسخ: كان من الجائز توقيت حقوق الارتفاق الشخصية لأجل أو تعليقها على شرط فاسخ، لأنها حقوق فى ذاتها مؤقتة. أما حقوق الارتفاق العينية، فكان حلول الأجل أو تحقق الشرط الفاسخ، لا يترتب عليه زوالها طبقاً للقانون المدني. ولكن البريتور تدخل هنا أيضاً، ففتح دفع الغش لضمان تنفيذ مثل هذا الاتفاق.

٣٤٧ — ٤ — عزم استعمال الحق: هل يسقط حق الارتفاق بعدم الاستعمال أو بعبارة أخرى إذا لم يستعمل صاحب الارتفاق حقه مدة من الزمن فهل يسقط حقه المذکور بالتقادم المسقط؟

سبق أن بينا عند الكلام على خصائص الملكية أنها حق دائم لا يسقط بعدم الاستعمال ما لم يملكه آخر بمضى المدة. أما فيما يتعلق بحقوق الارتفاق فيجب التفرقة بين أنواعها:

(١) انظر جيرار، طبعة سنة ١٩٢٩، ص ٤٠٣.

(أ) حقوق الارتفاق العينية الزراعية وحق الانتفاع وحق الاستعمال تسقط بعدم الاستعمال . والمدة اللازمة لسقوطها تطابق المدة اللازمة لتملك الأموال، أى سنة فى المنقول وستين فى العقار . هذا فى القانون القديم ، أما فى عصر جوستينيان فثلاث ستين فى المنقول و ١٠ أو ٢٠ سنة فى العقار .

(ب) أما حق السكنى وحق استخدام العبد والحيوان ، فانهما لا يسقطان بعدم الاستعمال . فلصاحب حق السكنى فى أى وقت يشاء أن يدخل المنزل المقرر عليه حقه .

(ج) وأما حقوق الارتفاق العينية البنائية ، فانهما لا تسقط بمجرد عدم الاستعمال بل يجب أن يقوم صاحب العقار الخادم بعمل مضاد لحق الارتفاق كأحداث بناء يمنع من استعمال حق المثل وأن تمضى المدة القانونية على هذه الحالة . وهذا ما يسمى باكتساب الحرية للعقار الخادم بمضى المدة ( usucapio libertatis ) . وترجع هذه التفرقة بين نوعى حقوق الارتفاق العينية إلى أن الأولى حقوق ايجابية ومتقطعة الاستعمال ، فهى تستلزم لاستعمالها قيام صاحب الحق بأعمال مادية ايجابية على العقار الخادم ، كالمرور وصيانة المسق ، وهو لا يكون إلا فى أوقات متقطعة . ولذا كانت قرينة أو افتراض تنازل صاحب الارتفاق عن حقه تبدأ من آخر عمل من أعمال الانتفاع تُجرأ على العقار وتبدأ سريان مدة التقادم من الوقت المذكور . أما الثانية ، أى حقوق الارتفاق البنائية ، فهى سلبية ومستمرة بمعنى أنها لا تستلزم للانتفاع بها قيام صاحب الحق بأى عمل ايجابي على أرض الجار ، بل يستمر الانتفاع بها طالما لم يقم صاحب العقار الخادم على ملكه بعمل مضاد يمنع من هذا الانتفاع . ولذا لا تبدأ قرينة تنازل صاحب حق الارتفاق عن التمسك بحقه إلا من هذا الوقت وهو الوقت الذى يبدأ فيه سريان مدة التقادم .

## المبحث الخامس — في وسائل حماية حقوق الارتفاق<sup>(١)</sup>

٣٤٨ — حمى القانون الرومانى حق الارتفاق ، أسوة بحق الملكية ، بدعوى عينية تابعة للقانون المدنى القديم تسمى ( vindicatio servitutis ) وتسمى الان بدعوى الاعتراف ( action confessoire ) . وهى تشابه فى اجراءاتها دعوى الاسترداد مع الاختلافات الآتية :

١ — الفارق الأول يرجع الى الفكرة القديمة الخاصة بعدم امكان وضع اليد على الارتفاق . وهو أن دعوى الملكية لا يمكن رفعها إلا على الحائز ، أما دعوى الاعتراف بحق ارتفاق فلا يشترط فيها هذا الشرط ، بل يكفى أن يكون رافعها مدعياً حق ارتفاق وأن يبنى المدعى عليه هذا الحق .

٢ — الفارق الثانى يتعلق بسلطة القاضى . ذلك أن الدعوى بحق ارتفاق ، كدعوى الاسترداد ، كانت دعوى تحكيمية . إلا أن أمر القاضى كان يختلف فى الدعويين ، فبينما يكون دائماً بالرد أو بدفع القيمة فى دعوى الاسترداد كما قدمنا آنفاً ، يكون فى الغالب بالزام المدعى عليه فى دعوى الاعتراف على التعهد بواسطة ضمان بألا يتعرض لصاحب حق الارتفاق فى استعمال حقه ، وقد يكون ، وهذا فى أحوال نادرة ، برد الشيء الى أصله ، كإعادة المجرى الذى هدم أو هدم البناء الذى سد المنظر على صاحب حق المطل .

---

(١) انظر مقال ( Buckland ) « The protection of servitudes » المنشور فى مجلة ( Law Quarterly Review )

## الفصل الثاني

### في الحقوق العينية الاخرى

لانتشأ هذه الحقوق العينية من طرق خاصة ، بل هي نتيجة اتفاقات تحصل بين المتعاقدين . وتقرب كلها ، ماعدا الرهن غير الحيازي ، من عقد الاجارة .

٣٤٩ — عقد الوعارة لمدة قصيرة : الاجارة معروفة في القانون الروماني منذ العصر العلي . ولا ينشأ عنها ، كقاعدة عامة ، أى حق عيني بل هي منشئة لالتزامات فقط بين المتعاقدين . فالوَجَر يلزمه تسليم الشيء المؤجر ، والمستأجر يلزمه دفع الاجرة . وليس للمستأجر حق عيني . وقد جرى العرف في روما على تأجير الاراضى لمدة خمس سنين جريا وراء عرف حكام الرومان الذين كانوا يتولون تأجير أراضى الدولة للدة المحدودة بها ولايتهم وهي خمس سنوات . وكانت عقود الاجارة حتى نهاية عهد الجمهورية قصيرة الاجل .

٣٥٠ — ظهور اجارات لا مجال لمزيد ومنشئة لحقوق عينية : كان من آثار الفتح الرومانية أن ظهرت أملاك شاسعة تستدعى لاستغلالها أساليب جديدة وآجالا طويلة لاجارتها . فكان من نتيجة ذلك أن ظهرت اتفاقات من نوع جديد ترتب للمستأجر حقاً عينياً على الاراضى المؤجرة إليه .

#### ١ — نظام الاستقرار ( La superficie )<sup>(١)</sup>

٣٥١ — نشأ هذا النظام من العرف الذى جرت عليه الدولة — التى كانت تصح طبقاً للقواعد العامة مالكة للبانى المقامة على أراضها العامة — بترك المباني هذه لبانها على سبيل الاجارة لمدة لا نهاية لها ما داموا يدفعون لها جعلا سنوياً يقال له

(١) راجع كيك ، طبعة سنة ١٩٢٨ ، ص ٣٢٥ - ٣٥٥ - و (Hajje) ، فى رسالته « Etudes sur les »

« locations à long terme et perpetuelles » ، ص ١٣٢ - ١٣٥ ، ص ١٥٨ - ١٥٩

(salarium) . مثال ذلك المباني التي كان يقيمها الصيارفة لمباشرة عملهم على الأملاك العامة للدولة كالأسواق والميادين .

هذا النظام كان متبعاً أيضاً في البلديات التي كانت تؤجر للأفراد لمدد طويلة أرضاً فضاء للبناء عليها .

وأخيراً اقتبسه الأفراد في معاملاتهم العقارية منذ العصر الجمهوري .

وقد تدخل البريتور لتنظيم العلاقات الأخيرة ، أي المتعلقة بمعاملات الأفراد فيما بينهم ، بأجرامين متابعين كان من أمرهما أن تميز حق الاستقرار عن حق المستأجر العادي . ذلك أنه منح صاحب حق الاستقرار أمراً ( *interdit de superficie* ) لدفع كل تعرض من الغير له في استعماله لحقه نقلاً عن أمر دفع العرض ( *interdit uti possidetis* ) الممنوح لواقع اليد . ثم وعده في منشوره بمنحه ، كلما دعت الضرورة ذلك ، الدعاوى الأخرى التي قد يحتاج إليها ، وبالأخص دعوى لاسترداد العين المقرر عليها حقه من يد أي شخص كان حتى من يد المالك ذاته أو أحد خلفائه . ومنحه كذلك دعاوى مقررّة على نمط دعاوى الإنكار والاعتراف .

وبأن من أثر ذلك أن اعتبر حق الاستقرار من الحقوق العينية ، وجعل لصاحبه الحق في التصرف فيه بعد وفاته أو حال حياته وفي رهنه أو تقرير حقوق ارتفاق عليه أو اكتساب حقوق ارتفاق لمنفعة العين المقرر عليها حقه .

إلا أن هذا لم يمنع من احتفاظ هذا النظام ببعض أحكام ترجع إلى صفته الأولى باعتباره عقد اجارة . فكما أن عقد الاجارة عقد رضائي يتم بمجرد الاتفاق ، فكذلك حق الاستقرار وهو حق عيني ينشأ بالاتفاق المجرد . وهو كمقد الاجارة يتضمن حتماً مقطوعاً معيناً ( *salarium* ) يجب دفعه إلى المالك . ويتقضى كالاجارة أيضاً بهلاك العقار وبعدم دفع الأجرة أو الاناوة خلال عامين .

## ٢ — اجارة الاراضى الخراجية ( *Conductio agri vectigalis* )

٣٥٢- وفي أوائل الامبراطورية ظهر نظام آخر بالنسبة للاراضى الصالحة للزراعة المملوكة للدولة أو للبدن أو للأوقاف والجماعات الدينية . وهو استئجار الأراضى



المذكورة لمدة لا نهاية لها أو لأجل بعيد (لמאת سنة أو أكثر) مع دفع خراج (ضريبة سنوية) للمالك .

هذه الاجارات ، كمعد الاجارة العادية . كانت تنعقد بمجرد التراضي . وكانت تتضمن دفع جمل معين وتخضع كقاعدة عامة للأحكام العادية للاجارة .

ولكن مدتها الطويلة قد جعل للمستفيع بها مركز خاص متميز عن مركز المستأجر العادي . فهو كالمالك يكتسب الثمرات بانفصالها لا ينجبها كما هو الحال بالنسبة للمستأجر . ويتمتع بأوامر وضع اليد (interdits possessoires) . وقد منحه البريتور ، عدا هذه الأوامر ، دعوى عينية على نسق دعوى الاسترداد ، بما دعا إلى اعتبار حقه من الحقوق العينية ينتقل إلى ورثته بعد وفاته ويجوز له التصرف فيه حال حياته وتقرير حقوق عينية عليه كرهن أو ارتفاق . أما أراضي الافراد والامبراطور فقد بقيت خاضعة في العصر العلي لقواعد الاجارة العادية مهما طال مدت إيجارها .

### ٣ — نظام الحكر (Emphytéose)

٣٥٣— ثم ظهر بجانب النظام المتقدم نظام ثالث عرف فيما بعد بالحكر . وهو نظام مستمد من التقاليد اليونانية بالنسبة للأراضي الموات أي غير الصالحة للزراعة تؤجر لمدة طويلة بقصد احيائها وغرسها وزراعتها في مقابل جعل زهيد يسمى « قانون » ( canon ) . وكان هذا النظام في الاصل مقصوراً على أموال الامبراطور ، ثم جرى الافراد على استخدامه أيضاً فيما بينهم قبل عهد جوستنيان بقليل . يؤيد ذلك قانون للامبراطور ( Zénon ) ( ٤٧٤ — ٤٩١ م ) قصد من إصداره حل الخلاف الذي قام بين فقهاء الامبراطورية على طبيعة هذا الاتفاق ، أهو بيع أم اجارة ، وذلك باعتباره عقداً مستقلاً بذاته ( sui generis ) يجب فيه الفرض ( canon ) المعين في الاتفاق بالرغم من هلاك العقار جزئياً ويسقط في حالة الهلاك الكلي .

### ٤ — اصلاحات جوستنيان

٣٥٤— وقد أدمج جوستنيان النظامين الأخيرين في نظام واحد ، سماه بالحكر ( emphytéose ) ، سواء أكان على أرض صالحة للزراعة أم غير صالحة لسواه أكان

على أراضي النوبة أم الأفراد . وصارت له صفات حق الاجارة على الاراضى الخراجية من حيث أنه حق عيني ينتقل إلى الورثة صاحب الحكر ويصح التصرف فيه وتحميه دعوى الاسترداد والأوامر . وأضاف إلى الأحكام المتقدمة أحكاماً جديدة ، منها أنه يسقط بعدم أداء الضريبة ( canon ) مدة ثلاث سنوات ، وأنه يجب على صاحب الحكر إذا أراد بيع حقه أن يخطر المالك حتى يختار في مدة شهرين أخذ الأرض لنفسه بالثمن المعروض أو المصادقة على البيع واقتضاء ٢ ٪ من الثمن . ويرى بعض الباحثين أن هذا الحكر ، كما هذبه جوستنيان ، هو أصل النظام الاقطاعي الذي ساد خلال القرون الوسطى في أوروبا ، حيث استبدلت بالضريبة النقدية خدمات حرية يؤديها صاحب الحكر في صفوف المالك .

---

# الكتاب الثالث

في

## الالتزامات

تعريف الالتزام ، بيان عناصره ، أنواعه .  
مصادر الالتزام : ١ . الجرائم ، الاعتداء ،  
السرقه ، الإضرار بمال الغير ، الإكراه ،  
النش ، غش المائتين . ٢ . أشباه الجرائم .  
٣ . العقود ، تاريخ التعاقد ، أركان العقد ،  
عقد البيع . ٤ . أشباه العقود .



## مقدمة

### في تعريف الالتزام وتاريخه وأنواعه

#### ١ § - تعريف الالتزام وبيان عناصره

٣٥٧ - تعريف الالتزام : يمكن تعريف الالتزام بأنه رابطة قانونية بين شخصين بمقتضاها يلزم أحدهما وهو المدين أن يوفى إلى الآخر وهو الدائن بأمر معين سواء أ كان ذلك باعطاء شيء أم بالقيام بعمل أم بالامتناع عن عمل . ففي كل التزام طرفان الأول ملتزم والثاني ملتزم له .

وللالتزام أثران : الأول تكليف الملتزم بما وجب عليه ، ويسمى الالتزام بهذا الاعتبار ديناً ، ويقال للملتزم مدين . والثاني عليك منفعة للملتزم له وتمكينه من استيفائها بالطرق المشروعة ، ويسمى الالتزام بهذا الاعتبار حقاً ، ويقال لصاحبه دائن .

وقد عرفه جستنيان في كتابه النظم (Institutes) (٣ - ١٣) « بأنه رابطة قانونية بمقتضاها تكون مجبرين على الوفاء بأمر ما طبقاً لأحكام قانوننا المدني » .

٣٥٨ - أركان الالتزام : ويشمل هذا التعريف بالرغم من نقصه على العناصر أو الأركان الأساسية للالتزام وهي :

١ - الركن الأول : طرفا الالتزام - فالالتزام له طرفان الدائن ، ويقال له باللاتينية (creditor) أو (reus credendi) أو (reus sipulandi) ، والمدين ويقال له (debitor) أو (reus debendi) أو (reus promittendi) أو (reus) فقط .

وتطلق كلمة (reus) على المدين كما تطلق على المدعى عليه في الدعوى . وكلمة (creditor) مشتقة من الأصل (cor) بمعنى القلب ، ذلك أن الدائن يعطى قلبه للمدين أى يضع ثقته فيه . وكلمة (debitor) مشتقة أيضاً من فعل (debere) المأخوذ من كلتى (de habere) المطابقة للعبارة الفرنسية (ne plus avoir) ، أى أن المدين بتمهده يتخلى في النهاية عن مبلغ من ذمته أو ثروته أو يحرم نفسه منه .

٢ - الركن الثانى : موضوع الالتزام أو محله (objet de l'obligation) وهو الأمر الذى يتعلق به الالتزام أو الفائدة السالية المقصودة من الالتزام .

وهنا يظهر نقص تعريف جستنيان لأنه لا ينصب إلا على نوع واحد من الالتزامات وهو الالتزام باعطاء شيء (de donner) أو (dare) أى بنقل ملكية شيء ، كاللزام المدين فى عقد القرض برد المبلغ الذى اقترضه أى بنقل ملكية المبلغ الذى اقترضه عند الوفاء ، والزام المشتري بدفع الثمن فهو الزام باعطاء شيء ، ومثلهما الزام المستأجر بدفع الأجرة . ذلك أنه — كما يقول لنا (Paul) فى مبدأ القرن الثالث من الميلاد — كان يوجد بجانب الالتزام باعطاء شيء (dare) الالتزام بعمل شيء (de faire) أو (facere) كاللزام المفاوض بإقامة بناء والمؤجر بتسليم المحل المؤجر والصانع بصنع شيء . ويلحق بالالتزام بعمل الالتزام بالامتناع عن عمل (non facere) أو (de ne pas faire) كاللزام الجار بعدم بناء أرضه أو بعدم المرور فى أرض الجار وكواجب بائع المحل التجارى بالامتناع عن الاتجار فى نفس النوع فى المحل الموجود به المحل للبيع .

وقد أضاف (Paul) إلى النوعين السابقين نوعاً ثالثاً من الالتزام وأسماءه (praestare) ، وهو أن يلزم شخص بأن يضع تحت تصرف شخص آخر شيئاً معيناً دون أن ينقل إليه الملكية ، كاللزام البائع قبل المشتري ، إذ البائع لا يلزم إلا بأن ينقل إلى المشتري وضع اليد الهادى المستمر على الشيء المبيع ، فإدام المشتري يتمتع بالمبيع بصفة هادئة ومستمرة دون أن يتعرض له شخص آخر فى وضع يده فليس له الرجوع على البائع بالضمان .

٣ — الركن الثالث : العلاقة القانونية التي تنشأ من الالتزام (vinculum juris) وهي — بخلاف الحق العيني الذي هو سلطة يطيها القانون لشخص على شيء معين يخول الشخص بمقتضاها حقوقا معينة على هذا الشيء — مقرررة بين شخصين . ويترتب على ذلك فوارق عدة بين رابطة الالتزام أو الحق الشخصي والحق العيني ترجع كلها إلى طبيعة الالتزام باعتباره علاقة شخصية أهمها :

١ — ظل الالتزام مدة طويلة متملکا بشخص المدين ، فكان ينقضى بوفاته ولا يرتبط به ورثته .

٢ — كذلك لا يجوز للدائن التصرف في دينه بتحويله إلى آخر . إلا أن تطور القانون الروماني سمح أخيراً بانتقال الالتزام إلى ذمة ورثة المدين وبإمكان تحويله بمعرفة الدائن .

٣ — ويترتب أيضاً على أن الالتزام علاقة شخصية أنه مؤقت بطبيعته ، فهو ينقضى ب وفاة المدين في القانون القديم وينقضى عادة بالوفاء سواء كان هذا الوفاء اختيارياً أو جبرياً وينقضى أيضاً بأسباب شتى سنتكلم عليها عند الكلام على أسباب انقضاء الالتزامات . وهذا بخلاف الحق العيني فإنه كقاعدة عامة حق دائم (perpétuel) ولا يتصور انقضاؤه إلا في أحوال استثنائية ومحصورة .

٤ — ويختلف أيضاً الالتزام (العلاقة الشخصية) عن الحق العيني في أنه لا يترتب عليه حق التتبع (droit de suite) ولا حق الأفضلية (droit de préférence) المقررين لصاحب الحق العيني . فليس للدائن الشخصي أن يتتبع أموال المدين إذا خرجت من ذمته ، كما أنه إذا بيعت أموال المدين فإنه يشترك مع باقي الدائنين في توزيع الثمن المتحصل من البيع .

٥ — ويختلف أيضاً عن الحق العيني في أن الحقوق العينية محصورة ومعينة في القانون ، بخلاف الحقوق الشخصية الناشئة من الالتزامات فهي غير محدودة وغير محصورة وتختلف باختلاف ظروف كل علاقة شخصية .

## ٢٩ — تاريخ الالتزام

٣٥٩ — البحث في تاريخ الالتزام ، ككل الأبحاث التاريخية الخاصة بأصول النظم القانونية ، لا يزال غامضاً فلم يصل الشراح بعد إلى الاتفاق على نظرية واضحة مقبولة في بيان أصل الالتزام أو مصادره .

والظاهر أن الالتزام كان في الأصل ينصب على شخص المدين ذاته ، فكان سلطة للدائن على شخص مدينه قبل أن يصبح علاقة قانونية . فكان أشبه بالحق المعنى سلطة مقررة على شخص المدين . وقد نشأ الالتزام بهذه الصورة في القديم في باب الجرائم ، فكان للمعتدى عليه في حالة قبضه على الجاني أن ينتقم لنفسه من شخصه ، فله قتله وله حبسه وقيدته بالسلاسل واسترقاقه . وكان ينشأ هذا الأثر أيضاً في غير الجرائم من بعض العقود الأولى كمقد القرض المسمى (nexum) ، إذ كان للدائن في حالة عدم وفاء مدينه أن يقبض عليه ويسجنه في سجنه الخاص بعد قيده بالسلاسل فإذا لم يف بالدين في بحر ستين يوماً فله أن يتصرف فيه كيفاً شاء إما بقتله أو بتقطيع جسمه وتوزيعه إذا تعدد الدائنون أو يبعه خارج روما كركيق . وكان يترتب هذا الأثر أيضاً في حالة عدم وفاء المحكوم عليه بالدين (Judicatus) وفي حالة اعتراف المدين بدينه في مجلس القضاء (confessus) فللدائن في هاتين الحالتين أيضاً القبض على مدينه وحبسه والتنفيذ على شخصه .

ويلاحظ في الأمثلة المتقدمة أن العلاقة بينهما كانت مادية منصبه على جسم المدين لا على أمواله .

ثم لما تهذبت الأخلاق وتنوعت المعاملات ونشأت التمهيدات التعاقدية بجانب الالتزامات القانونية والالتزامات الجنائية زالت تدريجياً تلك الصفة المادية للالتزام . فحرم على الدائن قتل مدينه ، وحرم عليه أيضاً حبسه واسترقاقه إلى الأبد بل صار يتحرر المدين إذا عوض دائنه عن قيمة دينه سواء أكان ذلك بالتنازل عن أمواله لدائنه أم بالتنازل عن ثمرات عمله .



وأخيراً في القرن الرابع من الميلاد (حوالي سنة ٣٨٨ م) ألغيت السجون الخاصة . وبذا صار التنفيذ على أموال الدين وصار الالتزام علاقة قانونية بمد أن كان قيداً مادياً ، فيلتزم الدين بذمته وضميره لا على جسده وحريته .

### § ٣ - تقسيم الالتزامات

سبق أن بينا أن الالتزامات على النقيض من الحقوق العينية غير محصورة العدد ، ولكن فقهاء الرومان قسموها لتسهيل دراستها بحسب مصادرها وبحسب تنوع كل ركن من أركانها . وسنذكر هنا أهم هذه التقسيمات :-

٣٦٠ - أولاً : تقسيم الالتزامات من حيث المصدر : تنقسم الالتزامات

من حيث مصادرها إلى إلتزامات تعاقدية (*obligations contractuelles*) وهي الناشئة عن العقود (*ex contractu*) والالتزامات جنائية (*obligations delictue*) وهي الناشئة عن الجرائم (*ex delicto*) .

وقد أورد (Gaius) هذا التقسيم الثنائي في كتابه للنظم (٣ - ٨٨) ثم أضاف عليه في إحدى مؤلفاته الأخرى مصدراً ثالثاً أسماه بوجه عام « المصادر المتنوعة » الأخرى للالتزامات (*variae causarum figurae*) . ذلك أنه رأى أن عدداً كبيراً من الالتزامات تنشأ من أعمال لا تكون عقداً ولا تعتبر جريمة ، فجمعها تحت عنوان المصادر المختلفة المتنوعة ، كالإتزام الوصي الناشئ عن إدارته لأموال القاصر ، فهو لا يرجع لا إلى عقد ولا إلى جريمة ولكنه يشبه الإلتزام التعاقدى (*quasi ex contractu*) ، وكذلك الإلتزام القاضي الذي يتحيز في حكمه لأحد الخصام فيجمل القضية قضيته ، فهذا الإلتزام ينشأ كما ينشأ الإلتزام من الجريمة (*quasi ex delicto*) .

وقد أخذ جستنيان تقسيمه الرباعي عن (Gaius) فقسم مصادر الإلتزام إلى أربعة :

١ - - الإلتزامات ناشئة عن عقد (*ob. ex contractu*) .

٢ — التزامات ناشئة عن شبه العقد (ob. quasi ex contractu) .

٣ — التزامات ناشئة عن جريمة (ob. ex maleficio, ex delicto) .

٤ — التزامات ناشئة عن أعمال غير مشروعة وإن لم يكن مصدرها إحدى الجرائم المعروفة . وكان جايوس (Gaius) يقول عن هذه الالتزامات إن الدين فيها يلتزم كما لو التزم بجريمة (quasi ex delicto tenetur) .

وقد اتبع القانون المدني الفرنسي هذا التقسيم الرباعي (م ١٣٧٠) وأضاف إلى المصادر الأربعة مصدراً خامساً وهو القانون (la loi) ليضم بذلك الالتزامات التي لا يمكن إدخالها تحت أحد هذه المصادر وهي الالتزامات القانونية كالالتزامات الناشئة عن علاقة الجوار .

أما القانون المصري (م ٩٣ أهلى — ١٤٧ مختلط) فقد اتبع تقسيماً آخر للمصادر ، فنص على أن الالتزامات تنشأ عن اتفاق أو عن فعل أو عن نص القانون . فالاتفاق هو المصدر التعاقدى للالتزام ، والفعل إما أن يكون نافعا فيوجب على من استفاد منه أن يعرض من قام به بقدر ما استفاد كعمل الفضولى ، وإما أن يكون ضاراً فعلى مرتكبه تعويض المصاب عما ناله من الضرر ، ونص القانون كالالتزام النفقة بين الأقارب .

٣٦١ — ثانياً : تفسيرها من حيث مصدر الحماية لها : تنقسم الالتزامات من هذا الوجه إلى التزامات مدنية (obligations civiles) أى يحمىها القانون المدنى (Jus civile) ، والتزامات برتورية (obligations prétoriennes) أى يحمىها البريتور ويرى بعض الشراح<sup>(١)</sup> أن كلمة (obligatio) كانت لا تطلق حتى العصر العلمى إلا على الالتزامات المدنية .

٣٦٢ — تفسيرها من حيث الجزاء المقرر لها : تنقسم إلى التزامات مدنية

---

(١) الأستاذ (Arangio Ruiz) في دروسه للنظم جزء ١ صفحة ١٦٨ .

وهي المقرر لها دعوى يستطيع بها الدائن إجبار المدين على الوفاء بدينه ، والتزامات طبيعية وهي المجردة من كل دعوى وإنما لها أحكام قانونية تميزها عن الواجبات الأخلاقية (obligations morales) ، فالالتزام الطبيعي صحيح وموجود قانوناً والوفاء به صحيح .

٣٦٣ — رابعاً : تقسمها منه حيث موضوعها أو محلها (objet) : تنقسم الالتزامات من حيث محلها إلى تقسيات عدة :

أولها : إلى التزامات معينة (ob. certaines) أو غير معينة (ob. incertaines) تبعاً لما إذا كان محلها معيناً أو غير معين بالفعل .

ثانيها : إلى التزامات بسيطة والتزامات يتعدد فيها موضوع الالتزام وهذه تنقسم إلى التزامات تخييرية (alternatives) والتزامات بدلية (facultatives) .

ففي الالتزام التخييري يكون محل الالتزام متممداً وإنما تبرأ ذمة المدين بالوفاء بواحد منها ، كأن يتفق شخص مع آخر على أن يعطيه إما البقرة أو الحصان ، وحق الخيار يكون إما للدائن أو للمدين حسب الاتفاق ، وفي حالة عدم الاتفاق يكون الخيار للمدين . وفي الالتزام البدلي يكون محل الالتزام أمراً واحداً وإنما للمدين أن يفي بشيء آخر بدلاً من الأول ، ومثال التمهيد البدلي الوصية لفير وارث مع الترخيص لهذا الأخير بدفع مبلغ من المال للموصى له بدلاً من العقار فهنا محل الالتزام شيء واحد .

والفرق بين النوعين هو أنه إذا هلك أحد الشئيين في الالتزام التخييري فلا ينفسخ الالتزام بل يصير بسيطاً ويجب على المدين الوفاء بالشئ الآخر . أما في الالتزام البدلي فإذا هلك الشئ محل الالتزام الأصلي انقضى الالتزام لانعدام محله . وتظهر هذه التفرقة بجملاء عند بحث طبيعة التزام رب الأسرة بتعويض الجني عليه عن الجرائم التي يرتكبها أحد الأفراد الخاضعين لسلطته كابنه أو عبده أو حيوانه المملوك له . فهنا تسأل الشراح عن طبيعة هذا الالتزام أهو التزام تخييري أم التزام

بدلى ؟ فبرى جبرارد — ووافقه فى ذلك أغلب الشراح — وجوب التميز بين أحوال ثلاث :

١ — قبل انقضاء الدعوى أى قبل الاشهاد على الخصومة (litis contestatio) .

٢ — بعد انقضاء الدعوى وحتى صدور الحكم .

٣ — بعد الحكم فى الدعوى .

فالإتزام رب الأسرة قبل انقضاء الدعوى الإتزام بدلى والأصل فيه تسليم الجانى وهذا هو الشيء المكون لحل الإتزام .

أما فى أثناء نظر الدعوى فالإتزام تخيرى بمعنى أن كلاً من التسليم ودفع الغرامة موضوع الإتزام .

أما بعد الحكم فالإتزام بدلى مع اعتبار دفع الغرامة هو الموضوع الأصلى ، إنما لرب الأسرة أن يرى ذمته بتسليم الجانى للمجنى عليه .

وتظهر أهمية هذا التميز فى حالة ما إذا هلك العبد أو الحيوان أو الابن فى أى دور من الأدوار الثلاثة المتقدمة . فى الحالة الأولى تبرأ ذمة رب الأسرة لأن العبد أو الحيوان أو الابن كان محل الإتزام الأصلى . أما إذا هلك فى أثناء نظر الدعوى فيلزم رب الأسرة بدفع الغرامة ولا تبرأ ذمته بالهلاك . وأيضاً لا تبرأ ذمته بعد الحكم من دفع الغرامة ، إذ أن دفع الغرامة يصبح محل الإتزام الأصلى بعد صدور الحكم .

كذلك يظهر الفرق بين الإتزام البدلى والتخيرى فى حالة ما إذا كان أحد الشئخين ممالاً يصح التعامل به أو منافياً للآداب ، فالإتزام التخيرى فى هذه الحالة لا يبطّل بل يجب على المدين أن يبق بالشئ الآخر ويصبح الإتزام بسيطاً ، بخلاف ما إذا كان الإتزام بدلياً وكان موضوع الإتزام الأصلى من الأشياء التى لا يتعامل بها أو منافياً للآداب فيبطّل الإتزام لهذا السبب ، إذ العبرة بالشئ المتعهد به أصلاً لا بالبدل .

ثالثها : إلى التزم منقسم أو غير منقسم حسب ما إذا كان محل الإتزام يقبل

التجزئة أم لا . ومثل الالتزام غير المنقسم الالتزام بعين معينة (corps certain) كالنزل والفرس أو الالتزام بترتيب حق ارتفاق أو برهن عقار أو الالتزام بالامتناع عن أمر لأن العدم لا يتجزأ .

وتظهر أهمية هذا التقسيم عند تعدد المدينين أو الدائنين أو الطرفين ، وذلك يقع كثيراً بوفاة أحد المتعاقدين أو وفاتهما وقيام الورثة مقام مورثهم . فإذا تعدد الدائنون اعتبر كل واحد منهم محقاً في استيفاء الدين كله فيحق لكل دائن أن يطالب الدين بكل الالتزام ، إذ لا يمكنه الوفاء إلا على هذا الوجه . أما إذا تعدد المدينون فهناك خلاف فيما يحكم به على أحدهم إذا رفعت الدعوى عليه وحده ، فيرى بعض الشراح أن الحكم عليه يكون بكل الدين ، لأن موضوع الالتزام لا يقبل القسمة . ويرى البعض الآخر بأنه لا يحكم على المدين إلا بتسليمه فقط في الالتزام ، وهذا راجع إلى أن الأحكام تبعاً لنظام المرافعات الكتابية (procédure formulaire) كانت تصدر كقاعدة عامة ببلغ من النقود كقيمة المنزل لا المنزل والنقود قابلة للقسمة .

رابعها : إلى التزامات باعطاء شيء (dare) ، ويشمل الالتزام بنقل ملكية مال أو بإنشاء حق عيني آخر ، أو بعمل (facere) أو بالامتناع عن عمل (non facere) .

٣٦٤ — خامساً : تقسيمها من حيث طرفي الالتزام : تنقسم الالتزامات من هذا الوجه إلى التزامات بسيطة إذا كان كل من المدين والدائن شخصاً واحداً وإلى التزامات مشتركة (conjointes) والتزامات تضامنية (solidaires) إذا تعدد الدائنون أو المدينون أو الطرفان معاً .

فهناك التزام مشترك إذا تعدد الدائنون أو المدينون أو كلاهما ، بحيث أن كل دائن لا يحق له أن يطالب إلا بتسليمه من الحق (كالنصف أو الثلث الخ) وأن كل مدين لا يجبر على الوفاء إلا بتسليمه من الدين . ينتج من ذلك أن الالتزام لا ينقضى إلا بقبض الدائنين جميعاً لحصصهم في حالة تعدد الدائنين أو بقيام المدينين جميعهم بالوفاء كل منهم بحصته في الدين في حالة تعدد هؤلاء الآخرين .

وينشأ هذا النوع من الالتزام عادة بوفاء الدين أو الدائن عن ورثة متعددين وقيام هؤلاء مقام مورثهم ، وكذلك بين الشركاء بالنسبة للحقوق التي يكتسبونها أو الديون التي يعقدونها معاً بصفتهم المذكورة .  
والالتزام التضامنى كالالتزام المشترك قد يكون بين عدة دائنين أو عدة مدينين أو هؤلاء وهؤلاء . فالتضامن نوعان :

الأول — تضامن التمهيد لهم أو الدائنين دون التمهدين ، ويقال له التضامن الايجابي (solidarité active) وفي هذه الحالة يحق لكل دائن المطالبة بكل الدين كما أن الوفاء لأحدهم يبرىء الدين قبل الآخرين .

الثانى — تضامن التمهدين أو المدينين دون التمهيد لهم أو الدائنين ويقال له التضامن السلبي (solidarité passive) ، وفي هذه الحالة يحق للمتهمد له أو الدائن مطالبة كل مدين أو بعضهم بكل الدين والوفاء من أحدهم إلى الدائن يبرىء المدينين الآخرين قبل هذا الأخير .

وعمل الفريق الغالب من شراح القانون الرومانى إلى تقسيم الالتزامات التضامنية من جانب المدينين (solidarité passive) إلى نوعين تبعاً للأثر المترتب على السير فى إجراءات الدعوى على أحدهم (la litis contestatio) .

ففى النوع الأول يترتب على مطالبة الدائن لأحد المدينين التضامنين سقوط حقه فى مقاضاة الآخرين إذا لم يستوف حقه كاملاً من الدين الأول . ويقال للتضامن فى هذه الحالة بالتضامن الكامل (solidarité parfaite) أو بالتضامن فقط (solidarité) أو (corréalité) .

وفى النوع الثانى مقاضاة الدائن لأحد المدينين التضامنين لا تبرى ذمة الآخرين بل يحق للدائن مقاضاتهم حتى استيفاء دينه كاملاً ، أى أن الوفاء بكل الدين هو الذى يؤدى إلى انقضاء الدين لا انقضاء الدعوى (la litis contestatio) فى مواجهة واحد منهم . ويقال للتضامن فى هذه الحالة بالتضامن الناقص أو البسيط (solidarité simple, imparfaite) أو (in solidum) .

وينشأ النوع الثانى بنص القانون رغماً عن الدينين فى حالة اشتراكهم فى ارتكاب خطأ سواء بارتكابهم جريمة أو إذا ارتكبوا غشاً أو تقصيراً فى القيام بأعبائهم الناشئة عن عقد أو عن شبه عقد ، فىسأل الأوصياء مثلاً بطريق التضامن عن اختلاسهم شيئاً من مال القاصر الخاضع لوصايتهم بدعوى الحساب (actio rationibus distrahendis) ، وعن تقصيرهم فى المحافظة على أموال القاصر بدعوى الوصاية (actio tutelae) . والأولى دعوى جنائية ، والثانية دعوى مدنية ناشئة عن شبه العقد .

وقد زالت هذه التفرقة بين هذين النوعين من التضامن السلبى فى عصر جوستينيان بزوال الأثر السقط للاشهاد على الخصومة (litis contestatio) بل إن بعض الشراح المحدثين ينازع فى وجود هذه التفرقة فى العصر العلمى .

تقسيم — وسندرس الالتزامات فى أبواب ستة :

الباب الأول — فى مصادر الالتزامات .

الباب الثانى — فى آثار الالتزامات .

الباب الثالث — فى انقضاء الالتزامات .

الباب الرابع — فى تحويل الديون .

الباب الخامس — فى التضامن .

الباب السادس — فى التأمينات الشخصية والعينية .

# الباب الأول

## مصادر الالتزامات

---

سبق أن رأينا أن مصادر الالتزام كما قسمها جوستينيان أربعة : العقد ، وشبه العقد ، والجريمة ، وشبه الجريمة .  
وهذا التقسيم الرابع لا يشمل كل أنواع الالتزامات ولذلك يضيف الشراح إليه عادة قسماً خامساً خاصاً بالالتزامات الناشئة عن نص القانون ؛ وسندرس كلا من هذه المصادر تباعاً مبتدئين بالجرائم إذ هي أول مصدر للالتزامات عرفه القانون الروماني .

---

## الفصل الأول

### في الجرائم

#### مقدمة

---

٣٦٥ — تعريفها وتقسيمها الى جرائم عامة وخاصة : فالجريمة عمل محرم قانوناً ومقرر لارتكابه عقوبة . وقد تقع الجريمة ضد الدولة أو ضد فرد من الأفراد ، إما على شخصه أو على ماله . من هذا نستنتج أن الجرائم نوعان : عامة وخاصة .



١ — الجرائم العامة هي التي تضر بالصالح العام ، فتقع مباشرة ضد الدولة وتهدد سلامة الدولة في الخارج أو الداخل بجرائم الحياة المظلمة والحرب من الحرب والاعتداء على الديانات ، أو تقع على فرد من الأفراد ولكنها من الخطورة بحيث تهدد الأمن والسلام العام بجرائم القتل والحريق العمد .

وهذه الجرائم مقرر لها في الغالب عقوبات بدنية كالقتل والنفي والجلد ، ومقرر لبعضها عقوبات مالية تدفع للدولة ويقال للقرامة المالية هذه ( multa ) .

والجرائم الخاصة هي التي تقع على الأفراد إما على أشخاصهم كجريمة الاعتداء (injuria) وإما على أموالهم كجرائم السرقة (furtum) والاضرار بمال الغير (damnum injuria datum) . وتلزم من وقعت منه الجريمة بمقوبة مالية تدفع لمن وقعت عليه الجريمة وتسمى القرامة المالية في هذه الحالة (poena) لتمييزها عن القرامة المقررة في الجرائم العامة .

والجرائم الخاصة وحدها هي التي تنشئ التزامات تؤيدها دعاوى جنائية (Actions pénales) .

والذي تهتم ملاحظته أن الجرائم محصورة ولم توجد في القانون الروماني قاعدة عامة توجب التعويض عن كل عمل ضار كما في القانون الفرنسي (م ١٣٨٢ من القانون المدني الفرنسي) والقانون المصري (م ١٥١ أهلى ، م ٢١٢ مختلط) .  
وقبل دراسة هذه الجرائم واحدة واحدة نرى التعرض أولاً لتاريخ نشوء الجرائم الخاصة والأدوار التي مر بها العقاب .

## § ١ — في تاريخ نشوء الجرائم الخاصة

مر العقاب في روما كما في باقي الشعوب القديمة بأربعة أدوار تاريخية :

٣٦٦ — الدور الأول — دور الانتقام الشخصي أو الثأر (la vengeance privée) : كان أول ما يخطر ببال التمدى عليه أن ينتقم بنفسه لنفسه من شخص المتمدى ، أى يثار منه بارتكاب اعتداء مثله عليه . ولما كان الفرد في المصور

الأولى غير ظاهر في المشيرة الى يعيش فيها فقد كانت عشرينه هي التي تقوم بالانتقام له من عشيرة الجاني ، فكانت تقوم عند ارتكاب جريمة شبه حرب أهلية بين العشيرتين . ومما يجدر ملاحظته في هذا الدور الأول أن فكرة المسؤولية كانت معدومة تماماً ؛ فالفرد في العصر القبطي ينتقم لما وقع عليه من الاعتداء ولو صدر من حيوان أو طفل غير مميز .

إنما كانت تقوم في سبيل استعمال حق الأخذ بالتأثر عقبات تحول دونه . وهذه العقبات تنفيذاً لدراستها ، إذ هي مصدر لنظم قانونية شتى تفسر لنا كيفية نشوء الحق :  
١ - فقد يحول دون التأثر بتداخل طرف ثالث كأن تحاول إحدى المشائر فرض تحكيمها على الطرفين المتنازعين أو يتوسط شخص ذو نفوذ للصلح بينهما وهو في القديم أحد السحرة ثم فيما بعد الملك . وهذا التحكيم (arbitrage) هو أصل نشوء القضاء . ونجد هذه الظاهرة القبطية الآن بين الدول ، فعلى تلجأ لحل كثير من المنازعات التي تنشأ فيما بينها إلى التحكيم لعدم وجود هيئة قضائية عليا للفصل في المنازعات الدولية .

٢ - كذلك قد يوقف استعمال حق الأخذ بالتأثر تصالح الجاني والجاني عليه وهو ما سيقودنا إلى الدور الثاني حيث ظهرت فيه فكرة الدية . وهذا التصالح قد يقوم على أحد الأمور الآتية :

١ - المباشرة : فقد يتفق الطرفان على حسم النزاع بطريق المباشرة . وكانت تحصل في الأصل بين الخصمين ، ثم صارت تحصل بين أشخاص محترفين (champions) ينوبون عن الطرفين . ومما هو جدير بالملاحظة أن هذه المباشرة القضائية (duel judiciaire) كانت في القرون الوسطى وسيلة من وسائل الإثبات في أوروبا ، فكان الحق يظهر نتيجة لهذه المباشرة ويحكم به لصالح المتصبر .

ب - القصاص (Talion) : وقد يتصالح الطرفان أيضاً على أن يرتكب الجاني عليه نفس الفعل بالجاني .

ج - الدية (poena) : وقد يتفق الطرفان في أغلب الأحيان على أن يتنازل

المجنى عليه عن الثأر في مقابل دية (poena) يدفعها إليه الجاني ككفارة رأس من الماشية أو الفم ، وهذا قبل ظهور العملة النقدية ، ثم صارت الدية تدفع في شكل سبائك من النحاس وأخيراً صارت تقدر نقداً . وليس هذا المال المدفوع يقتصر الجاني به على تعويض الضرر الذي أصاب المجنى عليه بل هو ملحوظ فيه معنى العقوبة ولذلك قد تزيد على حد الضرر ، إذ هو عبارة عن ثمن يقدمه الجاني ليشتري به حياته (rachat de la vie) .

وقد بقيت هذه الدية اختيارية زمناً طويلاً . فلا يلزم بها الجاني الذي له — إن كان معتزلاً بقوته — أن يرفض الدية التي يطلب منه المجنى عليه وكذلك للمجنى عليه أن يرفض الصلح إذا أراد أخذ الثأر .

٣٦٧ — المورث الثالث — المية الإيجارية : ثم صارت الدية اجبارية نتيجة لزيادة سلطة الدولة التي أمكنها أن تجبر الطرفين على قبول الصلح فألزمت الجاني بدفع الغرامة (poena) إلى المجنى عليه وألزمت المجنى عليه بقبولها والاكتفاء بها . وصارت الدية أو الغرامة من جهة أخرى محددة ومعينة إذ تكفل القانون ، بعد أن كان أمراً تحديدها متروكاً لاتفاق الطرفين ، بتحديد هذه الغرامات . فنجد مثلاً في قانون الألواح الاثني عشرة تعريفة للغرامات المقررة على الجرائم المختلفة . على أن قانون الألواح الاثني عشر لم يقض تماماً على حق الأخذ بالثأر فقد أبقاه في باب السرقة في حالة التلبس إذا ارتكبت ليلاً أو نهاراً وكان السارق مسلحاً ، إذ للمسروق منه في هاتين الحالتين قتل السارق التلبس .

وكذلك بقي التصالح اختيارياً في بعض أحوال خاصة اعتبر التصالح فيها غير كاف لاصلاح الضرر الذي أصاب المجنى عليه ، كما في جريمة الاعتداء على الشخص (injuria) بفصل عضو من أعضائه (membrum ruptum) فقد بقي التصالح في هذه الحالة اختيارياً بمعنى أن للمجنى عليه ان لم يرد التصالح مع الجاني أن يثار لنفسه منه بارتكاب نفس الجريمة (talion) .

بل نجد في وقتنا الحاضر أن المجنى عليه في جرائم الاعتداء على الشرف

والاعتبار يفضل غسل الالهامة التي لحقته بالالتجاء إلى المبارزة مع الجاني بدلا من الالتجاء إلى القضاء .

وهذه الفرامة (poena) يقتضيها المجنى عليه أو عائلته من الجاني بمقتضى دعوى جنائية (action pénale) تتميز عن الدعاوى المدنية (actions réiper sécutiores) التي تؤيد الحقوق المينية والالتزامات الأخرى الناشئة من سبب آخر غير الجريمة ، من كثير من الوجوه ترجع كلها لأصل تلك الدعاوى وهو الانتقام أو الأخذ بالتأثر .

٣٦٨ — الدور الرابع — تحول الجرائم الخاصة تدريجياً إلى جرائم عامة :  
وأخيراً تحولت الجرائم الخاصة تدريجياً إلى جرائم عامة تطلب الدولة لا الفرد بالعقاب عليها ، وذلك نتيجة اضطراد ازدياد سلطة الدولة التي أخذت تتداخل مباشرة في المراقبة على الجرائم باعتبارها المهيمنة على المصلحة العامة . فمن هذا أن اعتبر القتل والحريق الممد من الجرائم العامة .

كذلك تقررت لبعض الجرائم الخاصة الأخرى عقوبات عامة وترك للمجنى عليه الخيار بين رفع الدعوى الجنائية واقتضاء الفرامة (poena) وبين ترك الأمر للدولة تتولى معاقبة الجاني كما سنرى ذلك عند الكلام على جريمة السرقة (furtum) وجريمة الاعتداء على الشخص (injuria) .

## المبحث الأول

### في جرائم القانون المدني

أهم هذه الجرائم ثلاثة : الاعتداء والسرقة والاضرار بمال الغير وكلها منصوص عليها في القانون المدني وقد تعدلت أحكامها كثيراً بتدخل البريتور .

#### ١ — جريمة الاعتداء على الشخص (Injuria)

٣٦٩ — تعريفها : هي كل اعتداء يقع بنير وجه حق على الشخص في

جسمه (personne physique) أو في شخصه المعنوي أى شرفه واعتباره (personne morale) .

٣٧٠ — أعلامها في قانونه الألواح الاثنى عشر : وقد كان يعاقب عليها القانون القديم في أحوال عدة نص عليها في الألواح الاثنى عشر ويمكن تلخيصها في ثلاث : —

١ — كل كتابة من شأنها أن تمس أو تضر بسمعة الشخص واعتباره (carmen) ، وكل تظاهر عدائى من شأنه أن يقلق راحته أو أمنه وسلامته (occenatio flagitium) .

٢ — بتر عضو (membrum ruptum) وكسر عظم (os fractum) .  
(١) جريمة بتر أو فصل عضو (membrum ruptum) ككفأ عين أو قطع ذراع . وقد اختلف الشراح في معنى كلمة (ruptum) فيرى البعض ، ومنهم جبرار ، أنها قاصرة على حالة بتر العضو أى فصله من الجسم ، ويرى البعض الآخر ومنهم (Appleton) بأنها تناول عدا ذلك حالة إتلاف العضو ذاته .

وقد كان يعاقب عليها قانون الألواح الاثنى عشر بارتكاب مثلها على الجاني ، أى أنه ترك للمجنى عليه حق أخذ الثأر بنفسه من الجاني ما لم يتفق معه على دية يدفعها إليه .

(ب) جريمة كسر عظم (os fractum) ، ويعاقب عليها القانون بفرامة تختلف باختلاف حال المجنى عليه ، وما إذا كان حرّاً أو رقيقاً . فان كان حرّاً فالفرامة المقررة هى ٣٠٠ آس ، وإن كان عبداً كانت الفرامة ١٥٠ آس .

٢ — كل أفعال الاعتداء الأخرى التي لا تبلغ من الجسامة مبلغ بتر العضو أو كسر العظم ، وتشمل الضرب البسيط كاللطم . والعقوبة المقررة لهذه الحالة كانت غرامة مقدارها ٢٥ آس .

نستخلص مما تقدم أن القانون القديم كان يعاقب على بعض جرائم الاعتداء بمقويات بدنية ويسمح فيها بالقصاص كما في جريمة بتر العضو ، وفي بعضها يقر

لها القانون غرامة أى دية إجبارية (composition légale) . إلا أن هذه العقوبات كانت غير رادعة أحياناً ، وتتناق مع الآداب العامة أحياناً أخرى . فالانتقام من شخص الجاني صار لا تسمح به الآداب الرومانية في العهد الأخير من الجمهورية ، كما أن قيمة العملة كانت قد انحطت كثيراً في هذا العصر فصارت عقوبة الغرامة المقررة ضئيلة غير رادعة حتى أن بعض المؤرخين (Aulu Gelle) يتحدثنا عن أحد الفرسان الرومان (Lucius Veratius) الذي كان يتفكك بالثبته في السوق العام ويلطم كل من لا يروق له منظره ، وكان يتبعه عبده الذي كان يدفع إلى المجنى عليه فوراً مبلغ الخس والمشرين آساً قيمة الغرامة المفروضة .

٣٧١ — التعديلات التي أدخلها البريتور : فلتعدد هذه الحوادث تدخل البريتور فنج المجنى عليه في كل الأحوال دعوى تقديرية (actio injuriarum aestimatoria) بدلاً من الدعاوى المتقدمة ، يطلب فيها البريتور من المحكمين (récupérateurs) الذين تحال عليهم الدعوى الحكم بتعويض طبقاً لما تقتضيه العدالة وحسن النية . فيراعى المحكم في تقديره للغرامة حالة الطرفين ، الجاني والمجنى عليه ، حسن نية الجاني أو سوء نيته ، راعى أيضاً مرتبة المجنى عليه ومركزه في الهيئة الاجتماعية ، ويراعى كذلك مقدار الضرر ، وبالاختصار يحكم بما تقتضيه العدالة في كل حالة .

إلا أن الحد الأقصى لمقدار الغرامة التي يحكم بها كانت تحدد إما بمعرفة البريتور نفسه وذلك في أحوال الاعتداء الجسيمة (injuria atrox) ، وإما بمعرفة المجنى عليه نفسه في الأحوال الأخرى .

وهذه الدعوى التقديرية دعوى جنائية . لذا كانت تسقط بمضى سنة ، بمعنى أنه إذا مضت السنة على ارتكاب الجريمة ولم يرفعها المجنى عليه سقط حقه فيها واعتبره القانون أنه عفا عن الجاني أو تنازل عن حقه في طلب الغرامة . وكان يترتب على الحكم في هذه الدعوى إلحاق الوصمة (infamie) بشخص الجاني ، وكذلك إذا رقت بدون وجه حق وبصفة كيدية فكان يحكم على راضها المصلحة

من رفعت عليه بمشتر الغرامة المقررة كمقوبة على اساءة استعمال حقه في رفع الدعوى .  
وهناك تعديلات أخرى أدخلها البريتور على هذه الجريمة بأن أضاف جرائم  
جديدة زيادة على الجرائم المنصوص عليها في قانون الألواح الاثني عشر فشمّل  
منشوره :

( ١ ) كل أحوال القذف والسب .

( ب ) كما أنه قرر عقاب بعض الأفعال المنافية للآداب فعاقب على جرائم  
الاعتداء على عفاف المرأة أو الطفل أو المراهق أى أنه شمل جميع أحوال الاعتداء  
على الجسم والشرف والاعتبار .

٣٧٢ — تعديلات المشرع : وهناك تعديلات أخرى أدخلها المشرع على  
هذه الدعوى فقد صدر في مصر الأخير من الجمهورية قانون كورنيليا بمقتضاه  
اعتبرت بعض جرائم الاعتداء كالضرب (les coups sans blessure) والجرح  
(les coups entraînant des blessures) وانتهاك حرمة المنازل (violation  
du domicile) من الجرائم العامة يعاقب عليها بمقوبات بدنية تتولاها الدولة .  
إنما إذا اختار المجنى عليه رفع الدعوى العمومية في هذه الأحوال فإن حقه في رفع  
الدعوى الجنائية يطلب الغرامة يسقط ، أى أنه كان للمجنى عليه الخيار بين رفع  
الدعوى الجنائية وطلب الغرامة وبين رفع الدعوى العمومية وإنزال العقوبة البدنية  
على شخص الجاني .

وقد عمم جوستينيان هذا الخيار في جميع أحوال الاعتداء الأخرى ، فلم يجنى  
عليه الخيار بين الدعوى العمومية والدعوى الجنائية ، أى أنه اعتبرت جميع جرائم  
الاعتداء من الجرائم العامة .

٣٧٣ — جريمة الاعتداء غير المباشر : وقد ظهرت أيضاً في هذا مصر  
فكرة الجريمة غير المباشرة (injure indirecte) . فيعد أن كانت الدعوى الجنائية  
لا ترفع إلا من المجنى عليه وحده ، صار من حق كل شخص أصابه ضرر أو مس  
شرفه أو اعتباره رفع الدعوى أيضاً . كما إذا ارتكب فعل فاضح على امرأة متزوجة

فلزوجها الحق في رفع الدعوى الجنائية ، أو إذا ارتكبت جريمة على الابن فلالأب أن يرفع الدعوى إذا لحقه ضرر من الجريمة . ففي مثل هذه الأحوال تنشأ عن الجريمة دعويان : دعوى لمصلحة المجنى عليه ( الابن أو الزوجة ) ، ودعوى لمصلحة الأب أو الزوج .

## ٢ — جريمة السرقة (Furtum)

٣٧٤ — معنى كلمة (furtum) : تفيد هذه الكلمة في آن واحد الشيء المسروق ، وفعل السرقة ذاته وهو تملك منقول للغير أو التصرف فيه بطريق النش من غير حق . فهي من الجرائم التي تقع على المال لا على الشخص . وسندرس السرقة :

أولاً — في قانون الألواح الاثني عشر .

وثانياً — في العصر العلمي وعصر الامبراطور جوستنيان .

## أولاً — السرقة في القانون القديم

٣٧٥ — معنى السرقة في القانون القديم : تفيد السرقة في القانون القديم معنى السرقة في الوقت الحاضر ، إذ كانت قاصرة على حالة الاختلاس (soustraction) أي نقل السارق الشيء من حيازة مالكه إلى حيازته بقصد إضافته للملكه . والدليل على ذلك أن فعل السرقة كان يوصف في القديم أحياناً بعبارة (amovere) وأحياناً أخرى بعبارة (subripere) . وفي المبرتين المتقدمتين معنى الاختلاس أو نقل الشيء المسروق .

وعليه فالسرقة بالمعنى المتقدم لم تكن ممكنة إلا في المنقول إذ لا يتصور اختلاس المقار .

٣٧٦ — عقاب القانون القديم على السرقة : وقد فرق القانون القديم في العقاب على السرقة بين حالة التلبس وغيرها . ففرد قانون الألواح الاثني عشر بين



السرقه في أحوال التلبس (furtum manifestum) وبين السرقه في غير أحوال التلبس (furtum nec manifestum) .

٣٧٧ — ١ . **هالة التلبس** : ومعنى التلبس القبض على السارق وهو يرتكب السرقه أو ضبطه ويده الشيء المسروق . ويلحق بالسارق التلبس من وجد الشيء المسروق في منزله عقب السرقه نتيجة التفتيش الرسمي المسمى (perquisitio) per lance et licio . وصورته أنه إذا سرق دابة أو عبد مثلاً فالسروق منه كان يتبع خطوات السارق حتى إذا وصل إلى منزل من المنازل صاح بالجيران يستشهدهم وقبل التفتيش كان يخلع عنه ملابسه كلها ما عدا لباسه (licium) ويحمل صحنه (lanx) ثم يدخل المنزل للتفتيش فإذا وجد الشيء المسروق اعتبر من وجد عنده الشيء المسروق في حكم السارق التلبس .

٣٧٨ — **عقوبة السرقه في هالة التلبس** : وتختلف العقوبة المقررة للسرقه مع التلبس باختلاف ما إذا ارتكبت ليلاً أو نهاراً وكان السارق يحمل سلاحاً أو كانت السرقه قد ارتكبت نهاراً وبدون سلاح .  
ففي الحالة الأولى ، أي حالة ارتكابها ليلاً أو نهاراً وكان السارق يحمل سلاحاً ، للمسروق منه قتل الجاني . أما في الحالة الثانية أي إذا وقعت السرقه نهاراً ولم يكن السارق حاملاً سلاحاً فيختلف حكم السرقه باختلاف ما إذا كان السارق حراً أو رقيقاً : فإن كان حراً حكم القاضي بالحاقه (adjudicatus) بالمسروق منه ، وقد اختلف الشراح في نتيجة هذا الحكم فيرى بعضهم بأن السارق المحكوم عليه يصبح في حكم المدين العسر فلذا تقرر فيه كيفما شاء فله قتله أو التصرف فيه بالبيع كرقيق ، ويرى البعض الآخر أنه يصبح في حكم العبد للمسروق منه .  
أما إذا كان السارق عبداً فللمسروق منه بعد جلده إعدامه بقذفه من أعلى الجبل (Roche Tarpéienne)

٣٧٩ — **عقوبة السرقه في غير هالة التلبس** : (furtum nec mani- festum) : أما العقوبة المقررة للسرقه في غير أحوال التلبس فكانت غرامة مقدارها

ضعف قيمة الشيء المسروق ، وللمسروق منه المطالبة بالقرامة دعوى جنائية يرفعها في صورة دعوى القسم الشخصية .

وقد تساءل الشراح طويلا عن سبب تشدد القانون القديم في العقاب على السرقة في أحوال التلبس ، فبينما يبيح قتل السارق المتلبس فإنه لا يحكم على السارق غير المتلبس بأكثر من ضعف قيمة المسروق .

وقد برر بعضهم ذلك بالرجوع إلى فكرة الانتقام التي تنور في نفس المسروق منه وتبلغ منهاها من الحدة عند ضبط السارق متلبسا بجريمته .

ويرى آخرون بأن السبب الحقيقي لهذا التمييز في العقاب يرجع بالأكثر إلى أن العقوبات الجسيمة تستلزم لتوقيعها ثبوتها على الجاني بوجه التحقيق واليقين وإلى أن الدليل القاطع الوحيد لدى الشعوب الأولى كان ضبط السارق وقت ارتكابه الجريمة .

ويلاحظ أن الدعوى الجنائية بالضعف التي تنشأ في غير أحوال التلبس يجوز رفعها على شركاء السارق أيضاً سواء كان اشتراكهم بطريق التحريض أو الاتفاق أو المساعدة .

٣٨٠ — دعوى إغفاء الأشياء المسروقة : (actio furti concepti)

وقد تعرض قانون الألواح الاثني عشر لحالة إخفاء الأشياء المسروقة ففتح المسروق منه ضد من يضبط عنده الشيء المسروق دعوى بثلاثة أمثال القيمة .

٣٨١ — دعوى الرجوع (actio furti oblati) : وقد منح قانون

الألواح المخفي الذي حكم عليه بمقتضى الدعوى المتقدمة دعوى للرجوع بها على من قدم إليه الشيء المسروق وهي كدعوى الاخفاء يحكم فيها بثلاثة أمثال القيمة

ثانياً — السرقة في العصر العلمي وعهد الامبراطور جوستينيان

توسع الرومان فيما بعد في معنى السرقة ، فصارت تشمل حالات أخرى عدا حالة الاختلاس ، فشملت خيانة الأمانة والنصب وقبض بمسوءة على أنه سداد لدين

لا وجود له كما سنتبين ذلك من دراسة أركانها طبقا لما يمكن استخلاصه من  
نصوص العصر العلى .

### ٣٨٢ — أركان السرقة : أركان السرقة فى العصر العلى ثلاثة :

١ — الركن المادى (contractatio) : وهذا أوسع بكثير من الاختلاس (soustraction) ، إذ الاختلاس يستلزم نقل الحيازة بخلاف العبارة المتقدمة (contractatio) فهي تفيد أن يحوز الشخص مال الغير بغير وجه حق (avoir la chose en main) سواء كانت حيازته هذه من طريق اختلاس الشيء من مالكه أو بناء على تسليمه من المالك ذاته . فتشمل كل الأحوال التى يحوز فيها شخص شيئا مملوكا للغير ويتنفع به بغير وجه حق ، فتشمل بذلك حالة السرقة أى اختلاس مال منقول مملوك للغير ، وتشمل أيضاً النصب وخيانة الأمانة وحالة الشخص الذى يقبض ديناً بغير وجه حق وبسوء نية مع علمه بأنه غير دائن .

لتلك ذهب بعض شراح الرومان فى العصر العلى ، وهم أنصار المذهب السابينى (les Sabinien) ، إلى القول بأن السرقة كانت ممكنة فى العقار . فإذا تصرف المستأجر مثلاً فى العقار المؤجر له عد سارقاً . إلا أن هذا رأى كان مرجوحاً ولم يأخذ به جوستينيان .

٢ — الركن المعنوى : يجب أن ترتكب السرقة بقصد السرقة (animus furandi) أى أن يعلم الفاعل بأنه يسرق مال الغير . إنما يشترط فى السرقة قصد جنائى خاص بجانب القصد الجنائى السابق وهونية الكسب (animus lucrandi) ، أى أن يختلس مال الغير بقصد الحصول على منفعة من هذا المال إما بالانتفاع به أو التصرف به ، فإذا سرق شخص مالا مملوكا للغير بقصد إتلافه أو بقصد الانتقام من صاحبه فإنه لا يعد سارقاً .

٣ — الركن الثالث : هو أن ترتكب السرقة بغير إرادة المالك أو علمه (invito domino) . فلا يعقل أن يسرق شخص ملكه ، ولا يعد سارقاً من يحصل على شيء بموافقة صاحبه أو بعلمه .

وقد توسع الشراح في معنى السرقة فقالوا بأنه لا يشترط في السرقة نية التملك ، بل يعتبر سارقا من يحصل على شيء مملوك للغير بقصد استعماله فقط . وتسمى هذه الحالة بسرقة الاستعمال (furtum usus) ، كحالة الوديعة إذا استعمل الوديعة فيما يقاب باعتباره سارقا .

كذلك يعاقب القانون الروماني على سرقة وضع اليد (furtum possessiones) فيما يقاب المالك إذا استرد ملكه خفية من تحت يد الدائن المرتهن أو من تحت يد المنتفع .

٣٨٣ — عقاب السرقة في العصر العلي : وجد في العصر العلي للعقاب على السرقة دعاوى جنائية خاصة (actions pénales privées) ، ودعاوى جنائية عامة (actions publiques) وبجانب كل من هذين النوعين من الدعاوى الجنائية دعاوى مدنية محضة لاسترداد الشيء المسروق أو قيمته .

١ — الدعاوى الجنائية الخاصة : — أبقى البريتور دعوى الضعف المتقدمة في غير حالة التلبس (action furti concepti) ودعوى الرجوع (actio furti oblati) .

ولكنه أنى حق أخذ الثأر في السرقة مع التلبس . فحظر على المجنى عليه الانتقام من شخص السارق بقتله إلا في حالة الدفاع الشرعي (légitime défense) ، وليس له في غيرها من أحوال التلبس سوى دعوى جنائية (actio furti mani-festi) بأربعة أمثال القيمة (au quadruple) . وقد كانت هذه القيمة تقدر في الأصل باعتبار قيمة الشيء المسروق ( quanti ae res est ) ، ثم صارت تقدر باعتبار المنفعة التي ضاعت على المسروق منه نتيجة ارتكاب السرقة ( quanti interest ) . وقد أنشأ البريتور دعوى أخرى بأربعة أمثال الضرر الحادث من الجريمة في حالة ارتكاب سرقة بالقوة من عصاة أو بالسلاح (actio vi bonorum raptorum)

٢ — الدعاوى الجنائية العامة (actions publiques) : وجد للسرقة في نهاية الجمهورية دعاوى عامة ترفع باسم الدولة وتؤدي إلى الحكم على السارق بعقوبات

بدنية تتولى الدولة توقيعها بواسطة رجالها . وقد تقرر هذا في أول الأمر في حالة السرقة باستعمال القوة المسلحة أو بالإكراه . ثم تقرر أيضا فيما بعد بالنسبة لكل أحوال السرقة الأخرى وأعطى للمسروق منه الخيار بين رفع الدعوى العمومية وبين رفع الدعوى الجنائية الخاصة بطلب الغرامة .

إنما يلاحظ بأنه في حالة ارتكاب السرقة بالإكراه يجوز الجمع بين الدعوى العمومية (action publique) ودعوى السرقة (actio furti) التي يترتب عليها الحكم بالغرامة لمصلحة المسروق منه .

٣ — الدعاوى المدنية (actions réipersécutoires) : لا تمنع دعوى الغرامة أو العقوبة من الدعاوى المدنية المبنية على فكرة تعويض الضرر باسترداد المثل المسروق أو قيمته . وهذه الطرق المدنية كثيرة ، فمنها أمر استرداد الحيازة (interdit utrubi) ومنها أيضا بعض دعاوى تماقدية (actions contractuelles) كدعوى الوديعة (actio depositi) إذا ارتكبت السرقة من المودع لديه . غير أن أهمها دعويان دعوى الاسترداد (action en revendication) ودعوى التعويض عن المال المسروق (condictio furtiva)

١ - دعوى الاسترداد : لاشك أن للمسروق منه استرداد ملكه من السارق لأن السرقة ليست طريقا من طرق اكتساب الملكية ، فالسروق منه يبقى مائكا للملكه وليس هناك ما يمنعه من استرداد ملكه من تحت يد السارق ، بل لقد تساءل بعض الشراح عما إذا لم تكن دعوى الاسترداد في الأصل دعوى جنائية أساسها السرقة قبل أن تصبح دعوى عينية مقررة لحماية حق الملكية .

ب — (condictio furtiva) ، وهي دعوى شخصية (action personnelle) للمطالبة بالقيمة ولها ميزتان تمتاز بهما عن دعوى الاسترداد ، فهي ممكنة ولو خرج الشيء المسروق من تحت يد السارق أو هلك قبل استرداده .

### ٣ - جريمة الاعتداء على مال الغير

#### *Damnum Injuria Datum*

تقع هذه الجريمة - جريمة السرقة - على مال الغير ولكنها تختلف عن السرقة في أنها لا ترتكب بقصد الكسب وإنما بقصد الانتقام أو نتيجة خطأ يقع من الفاعل .

ونلاحظ على هذه الجريمة أنها لا تتناول كل الأفعال الضارة التي تقع على مال الغير . فهي تختلف عن الجنحة أو شبه الجنحة المقررة في قانوننا المدني (١٥١) مدني أهلي و ٢١٢ مدني مختلط) الذي أوجب على كل من يحدث بفعله أو خطأ ضرراً بالغير تمويض هذا الضرر .

٣٨٤ - في القانون القديم : فقانون الألواح الاثني عشر لم ينص إلا على أنواع مبمثلة من هذه الأفعال منها : (١) قطع أشجار من أرض الغير (٢) إحراق منزل باهمال (٣) ترك الشخص ماشيته ترمي في أرض الغير .

ثم صدر بعد ذلك في أوائل عصر الجمهورية (في نهاية القرن الخامس لروما) قانون جديد يسمى قانون أكويليا (Lex Aquilia) نظم أحوال الأضرار بمال الغير في مبادئ عامة . وقد سمي كذلك نسبة إلى أكويليوس (Tribun Aquilius) مقترح هذا القانون .

٣٨٥ - الأفعال المعاقب عليها طبقاً لقانون أكويليا : وهذا القانون يشمل نصوماً ثلاثة :

الأول : يعاقب بمقتضاه كل من قتل عبداً أو حيواناً من ذوات الأربع التي تعيش في قطيع مثل النعم بفرامة تقدر بأعلى قيمة وصل إليها العبد أو الحيوان في السنة السابقة على ارتكاب الجريمة . وتبدأ السنة من وقت الجرح لا الوفاة .

الثاني : يعاقب الدائن الثانوي (créancier accessoire) إذا تنازل عن الدين بطريق الفسخ بإضراراً بحقوق الدائن الأصلي .

والدائن الثانوى (adstipulator) يدخله الدائن الأصلى فى المقد لقبض الدين . فهو وكيل بالقبض فقط له المطالبة بالدين وله قبضه ولكنه لا يملك التصرف فيه . فاذا تنازل عنه إضراراً بالدائن الأصلى فكان يحكم عليه بقيمة الالتزام كغرامة . وقد بطل استعمال هذا النص منذ المصير العلمى اكتفاء بدعوى الوكالة (actio mandati) التى تحمى حقوق الدائن الأصلى قبل الدائن الثانوى ولذلك أغفلت النظم (Institutes) ذكر هذا النص .

الثالث : يعاقب على أفعال الاعتداء الأخرى دون القتل التى تقع على العبد أو على حيوان من الحيوانات التى يشملها النص الأول ، ويشمل أيضاً هذا النص إعدام أو إتلاف غير ما تقدم من الأشياء حيواناً كان جاداً . فيشمل هذا النص قتل حيوان آخر أو إعدام الأشياء الأخرى أو إتلافها أو إحداث جرح بريق أو بحيون من ذوات الأربع . ويحكم فى هذه الحالة على المعتدى بغرامة قدرها أعلى قيمة وصل إليها الشيء فى الثلاثين يوماً السابقة على ارتكاب الجريمة .

٣٨٦ — طبيعة الحالة الجنائية الناشئة عن هذا القانون : يلاحظ على هذه الدعوى أنها من الدعاوى التى يحكم فيها على الفاعل بالضعف فى حالة انكاره وبالمثل فقط فى حالة اعترافه . لذلك يرى بعض الشراح أن الدعوى الناشئة عن هذا القانون تكون جنائية فى حالة الانكار ومدنية فى حالة الاعتراف . على أن هذا رأى مرجوح لأنه حتى فى حالة الاعتراف والحكم بالمثل فقط فإنه لا يحكم بقيمة الضرر وحده بل بأعلى قيمة وصل إليها الشيء إما فى السنة السابقة على ارتكاب الجريمة أو الشهر السابق لارتكابها ، فالفرق بين هذه القيمة والقيمة الحقيقية هو الذى يعطى للدعوى صفة العقاب فى كل الأحوال . كما أن الأحكام المقررة لهذه الدعوى تشبه كلها الأحكام المقررة للدعاوى الجنائية بوجه عام فعلى تسقط كالدعاوى الجنائية ب وفاة الجانى ولا تسقط بموته المدنى ، كما أنه إذا اشترك فى ارتكاب الفعل عدة أشخاص فقد كان للمجنى عليه حق رفع الدعوى على كل واحد منهم ، وكذلك إذا ارتكب الفعل شخص تابع لغيره (alieni juris) كابن أو عبد أو حدث الفعل أو الضرر

من حيوان فقد تؤدي الدعوى إلى التخلي عن العبد أو الحيوان أو الابن ، وهذا التخلي يرجع إلى فكرة الانتقام الشخصي من مرتكب الجريمة وهو ما يفيد أنها دعوى جنائية .

إنما لهذه الدعوى بعض صفات تقر بها من الدعاوى المدنية . فلا يجوز الجمع بينها وبين الدعوى المدنية التي قد تنشأ للمالك قبل الفاعل ، فمثلا إذا أُلغى المودع لديه الوديعة أو أهمل في المحافظة عليها كان للمودع دعويان : الدعوى الناشئة عن قانون ا كويليا والدعوى المدنية الناشئة عن عقد الوديعة (actio depositi) ، ففي هذه الحالة لا يجوز للمودع أن يجمع بين الدعويين بل له فقط الخيار بين رفع أحدهما فإذا رفع دعوى الوديعة فإن حقه يسقط في رفع دعوى قانون ا كويليا إلا إذا كانت الدعوى الناشئة عن هذا القانون أكثر نفعا له فله في هذه الحالة أن يرفعها بقدر الزيادة فقط .

ويجب التفرقة في حالة ما إذا نشأ عن فعل واحد دعويان ، دعوى مدنية ودعوى ا كويلية كما في الوديعة مثلا ، بين ما إذا كان الفعل الذي نشأ عنه الضرر فعلا مباحا طبقا لأحكام المقدرات فهنا لا ينطبق قانون ا كويليا وبين ما إذا كان الفعل الذي نشأ عنه الضرر مخالفا للالتزامات الناشئة عن المقدر فللمالك الذي لحقه الضرر في هذه الحالة الخيار بين الدعوى الناشئة عن المقدر والدعوى الناشئة عن قانون ا كويليا . فبمقتضى دعوى الوديعة مثلا (actio depositi) لا يسأل الوديع إلا عن غشه أو خطأه الجسيم بخلاف قانون ا كويليا فإنه يماقب على كل تقصير ولو كان بسيطا . وعليه إذا نقل الوديع الشيء المودع لديه بسبب انتقاله من مسكنه مثلا ثم هلك الشيء المودع لديه أثناء هذا الانتقال بخطأ بسيط من جانب الوديع فلا يسأل طبقا لقانون ا كويليا لأن نقله للشيء كان يوجب المقدر ذاته إذ يوجب عليه المقدر المحافظة على الوديعة . إنما إذا فرض ونقل الوديع الوديعة ليطلمها لأحد أصدقائه فهنا يسأل الوديع طبقا لقانون ا كويليا أولا وبمقتضى المقدرات ثانيا ، ويكون للمودع دعويان له الخيار في رفع أيهما .



٣٨٧ - شروط تطبيق قانونه أكويليا : يمكن حصر عناصر جريمة الاضرار كما نظمها قانون أكويليا فيما يأتي :

١ - يجب أن يكون هناك ضرر (damnum) فإذا انعدم الضرر فلا دعوى كما إذا أتلّف شخص وصية آخر حال حياته فإن هذا الفعل لا يقع تحت طائلة قانون اكويليا لأنه ليس هناك ضرر إذ في استطاعة الموصي تجديد وصيته .

٢ - ويجب أن يكون الضرر قد وقع بدون وجه حق (injuria) أى ناشئاً عن فعل غير مشروع (un fait illégal) ، فالشخص الذى يستعمل حقاً من حقوقه ويترتب على هذا الاستعمال ضرر للغير فلا عقاب عليه ، كما إذا لم يتمكن شخص من رد الاعتداء الذى وقع عليه من عبد مملوك للغير إلا بقتله فإنه لا يعاقب بمقتضى قانون اكويليا لأنه إنما استعمل حقاً من الحقوق التى خولها إياه القانون ، وهو حق الدفاع الشرعى عن النفس . أو إذا اضطر شخص أثناء احتراق منزله لهدم جدار جاره فلا يعاقب أيضاً لأنه استعمل حقاً مشروعاً له هو حق الدفاع عن ماله . وبعبارة أخرى يجب حتى ينطبق قانون اكويليا أن يكون الفعل الذى ترتب عليه الضرر مما لا يبيحه القانون .

٣ - ويجب أن يكون الضرر قد نشأ من فعل إيجابى وقع الفاعل (fait positif) سواء كان الضرر ناشئاً عن غشه أى تعمد الاضرار أو عن خطأ (faute) . إنما يشترط أن يكون الخطأ إيجابياً (culpa in committendo) ، فلا يكفي مجرد الامتناع . فإذا امتنع شخص عن إطفاء النار المشتعلة بمنزل الغير مع قدرته على ذلك فلا يعاقب على امتناعه بمقتضى قانون اكويليا لأنه لم يرتكب خطأ إيجابياً .

إنما يمتنع تطبيق القاعدة السابقة لامتفاء علّتها إذا نشأ الضرر من الامتناع عن عمل كان واجباً أدائه على المتنع ، إذ امتناعه هنا لا يمكن إعتباره استعمالاً لحق وإنما اعتداء على حق الغير . وقد يكون هذا العمل واجباً بمقتضى عقد من العقود كما إذا أهدى البائع فى المحافظة على البيع مما أدى إلى سرقة ، أو احترق

المنزل المؤجر نتيجة تقصير المستأجر في العناية به . وقد يكون الالتزام بعمل شيء ناشئا عن فعل إرادى من جانب واحد يستلزم بطبيعته من فاعله شيئا من العناية أو الاحتياط ، كما إذا أحرق شخص بأرضه حشائش وأهمل في رعاية النار فامتدت إلى أرض الجار وأتلفت حاصلاته فإنه يسأل عن امتناعه في ملاحظة النار ، كذلك إذا أجرى طبيب عملية جراحية على الوجه الأكمل ثم أهمل في العناية بالمريض بعد العملية فإنه يسأل في هذه الحالة عن نتائج امتناعه في العناية بمريضه .

٤ - ويجب طبقا لهذا القانون أن يحدث الضرر من فعل مادي (corpore) صادر من الفاعل وأن يقع مباشرة على مال الغير (corpore). أى يجب أن يكون الضرر من الجسم (corpore) وعلى الجسم (corpore). فلا ينطبق هذا القانون في الأحوال الآتية :

(أ) إذا قيد سيد عبده في شجرة عقابا له ، ثم مر به شخص آخر أخذه الزأفة بالبعد ففك قيوده وهرب العبد . فلا ينطبق قانون الكويليا لعدم وجود ضرر مادي (corpore) أصاب العبد .

(ب) إذا أحدث شخص صوتا أزعج ماشية الغير التي كانت تروى من مجرى نهر فاندفعت الماشية في المجرى وهلكت ، فلا ينطبق قانون الكويليا على هذه الحالة أيضا ، لأن الضرر لم يحدث من فعل مادي من الفاعل (corpore) بخلاف ما إذا كان الفاعل قد دفع الحيوان في اليم .

غير أن هذا الشرط أهمل فيما بعد بفضل تداخل البريتور ، حيث منح هذا الحاكم القضائى دعوى قانون الكويليا (actio legis aquiliae) بطريق التوسع (à titre utile) حتى في الأحوال التي لا ينشأ فيها الضرر من فعل مادي من الفاعل مادام أن الفاعل هو الذى تسبب في وقوع الضرر .

٣٨٨ - من يرفع الدعوى الكويلية : الأصل أن هذه الدعوى لا تكون إلا للمالك . ونعني بالمالك كل من يكون قد اكتسب المال التمدى عليه وقت

رفع الدعوى الناشئة عن هذا القانون ، فإذا أُلْف شخص مالا موجوداً في تركة فيكون للوارث الذي سيستولى فعلاً على التركة فيما بعد حق رفعها ، كذلك إذا اعتدى شخص على مال مملوك لرومانى أسير في الخارج كان لهذا الأخير متى عاد من أسرهِ الحق في رفع الدعوى تطبيقاً لبدأ ما وراء الحدود .

غير أن البريتور توسع في تطبيق قانون اكويليا فأعطى الدعوى الناشئة عنه للمنتفع والدائن المرتهن رهناً حيازياً . بل ولدائن بشيء معين (corps certain) المشتري الذي اشترى مالا من آخر وقبل التسليم اعتدى شخص ثالث على البيع فله أن يرفع الدعوى على محدث الضرر ولو لم يصبح مالكا بعد لعدم تسلمه البيع .

## المبحث الثاني

### في الجرائم البريتورية (Les Délits Prétoriens)

٣٨٩ — مقدمة عامة : تدخل البريتور في باب الجرائم كما في باقي أجزاء القانون الرومانى القديم (jus civile) لسد أوجه النقص فيه وتمديد بعض أحكامه . وقد رأينا كيف عدل البريتور من أحكام القانون المدنى الخاصة بجريمة الاعتداء (injuria) حيث أعطى للممتدى عليه في جميع الأحوال دعوى تقديرية (actio aestimatoria) ، وكيف عدل من أحكام السرقة في حالة التلبس حيث حظر على المجنى عليه الأخذ بالتأثر من السارق في مقابل إعطائه دعوى بأربعة أمثال القيمة (action au quadruple) ، وكيف توسع في تفسير قانون اكويليا الخاص بجريمة الاضرار بمال الغير .

وقد لعب البريتور أيضاً دوراً مهماً في توسيع تطبيق أحكام القانون المدنى في باب الجرائم بتطبيق أحكامه على الأجانب أسوة بجماعة الرومان وذلك باستعمال طريق الاقتراض أو الحيلة القانونية (fiction) إذ كان يعطى صيغة الدعوى الجنائية ضد الأجانب مع افتراض أنهم رومانيون .

وأخيراً أكل البريتور أحكام القانون الذى بانشاء جرائم جديدة سوف  
تقتصر على دراسة أهمها وهى الاكراه (metus) والنش (dolus) وغش الدائنين  
(fraus creditorum)

## ١ — الإكراه أو التهديد Metus

٣٩٠ — معنى الإكراه : الاكراه هو استعمال القوة (violence matérielle) أو التهديد (simple menace) بضرر يمس حياة الشخص أو جسمه أو حريته أو عائلته لمله على تسليم شيء كنفوذ أو قبول تصرف من التصرفات القانونية (acte juridique) كال تنازل عن ميراث أو دين أو بيع مال من أمواله أو هبته أو التمهيد بدين .

ولم يكن التهديد فى الأصل معاقباً عليه إلا إذا وقع الضرر المهدد به . ويمكن تبرير ذلك فى القانون القديم حيث كانت جل التصرفات القانونية شكلية تستلزم لانقادها إجراءات رسمية تتم تحت إشراف موظف عموى كالحاكم القضائى فى الدعوى الصورية (in iure cessio) أو بحضور شهود كما هو الحال فى الاشهاد (mancipatio) وفى عقد القرض القديم (nexum) . فوجود الحاكم القضائى أو الشهود كان يعد وقوع إكراه من أحد الماقدين على الآخر . هذا من جهة ، ومن جهة أخرى فقد كان الرومان فى المصر القديم يرون أن العقوبة المقررة للأفعال المهدد بها عند وقوعها كافية للعقاب على الاكراه أو لمنع تنفيذ التهديد .

إلا أن هذه الحالة وإن كان من الممكن تبريرها فى المصور الأولى فقد صارت مفتقرة إلى علاج بعد ظهور العقود الرضائية التى تتم بمجرد التراضى وبدون حاجة إلى إجراءات شكلية . لذلك تدخل البريتور فجعل من الاكراه أو التهديد جريمة تنشأ عنها دعوى للمجنى عليه بأربعة أمثال الضرر الذى لحقه من العمل الذى أكره عليه (actio metus) ، وأعطى للكره بجانب هذه الدعوى وسائل أخرى لابطال أثر التصرفات التى قبلها تحت تأثير الاكراه ويمكن حصرها فى اثنين :

دفع الاكراه (exceptio quod metus)، وطلب إعادة الشيء إلى أصله (restitutio in integrum ob metum)

وقد اختلف الشراح في تحديد وقت تقرير هذه الطرق الثلاثة والراجع أنها ظهرت بالترتيب الذي ذكرناها به .

٣٩١ — دعوى الاكراه : هذه الدعوى ينسبونها إلى البريتور (Octavius)

الذي حكم حوالى سنة ٦٧٨ من إنشاء روما . وهي دعوى جنائية إذ يترتب عليها الحكم على المكروه بأربعة أمثال الضرر وهي جائزة ليس فقط ضد المكروه وحده بل أيضاً ضد من يكون قد استفاد من الاكراه وهو ما يعبر عنه (Gaius) بقوله إن دعوى الاكراه دعوى شيشية (in rem scripta) ولكن ليس معنى ذلك بأنها دعوى عينية (action réelle) .

ولكن يلاحظ أن هذه الدعوى وإن كانت جنائية إلا أنها قد فقدت تدريجاً كثيراً من خصائصها الجنائية بتشبهها من كثير من النواحي بالدعوى المدنية (actions reipersécutoires)

١ — فهي دعوى تحكيمية (action arbitraire) أى أن القاضى عند ما يثبت لديه وقوع الاكراه وقبل الحكم بالفرامة يصدر أمراً إلى المكروه يدعوه فيه إلى أن يرد ما أخذه في العقد كرهاً فإن رد ما أخذه انتهى الأمر وإلا حكم القاضى بالفرامة . فللمكروه أن يتفادى الحكم عليه بأربعة أمثال الضرر بتنفيذ أمر القاضى .

٢ — وكانت جائزة ضد ورثة المكروه بقدر استفادتهم .

٣ — وكانت مؤقتة بمدة سنة بمعنى أنها إذا رفعت بعد السنة فلا يحكم فيها إلا بقيمة الضرر وحده لا بأربعة الأمثال .

٤ — وأخيراً إذا تعدد الفاعلون في جريمة الاكراه فلا يجوز الجمع بين الدعوى الجنائية قبلهم جميعاً بل إن دفع الفرامة من أحدهم يبرى ذمة الآخرين .

٣٩٢ — الرفع بالاكراه (exceptio quod metus causa) : تظهر فائدة

هذا الدفع في حالة ما إذا كان العقد الذى تم تحت تأثير الاكراه لم يتفد به؛ فإذا

تمهد شخص كرها بأن يدفع إلى آخر مبلغاً من النقود وطالبه هذا الأخير بالوفاء .  
كان له أن يدفع دعواه بدفع الاكراه .

٣٩٣ — إعادة الشيء إلى أصله (restitutio in integrum ob metum) :

وهو إجراء يمنحه البريتور في بعض الأحوال بعد التحرى والتحقيق (cognita causa) ويؤدى إلى فسخ التصرف وإعادة كل شيء إلى أصله . ولذا كان طلب إعادة الشيء إلى أصله أنفع للمكروه من دعوى الاكراه في بعض الأحيان كما في المثليين الآتين :

(١) إذا تنازل شخص تحت تأثير الاكراه عن تركه ذى قيمة فبطلب إعادة الشيء إلى أصله يتمكن من قبول التركة من جديد .

(٢) إذا أكره شخص على نقل مال من أمواله كان له بعد صدور قرار البريتور برد الشيء إلى أصله أن يسترد ملكه عيناً بدعوى الاسترداد ؛ بخلاف دعوى الاكراه فهي دعوى شخصية وقد تكون عديمة الفائدة إذا كان المكروه معسراً .

ويلاحظ أن الاكراه الذى يعاقب عليه القانون ويعتبره البريتور جريمة هو الاكراه الذى يقع على جسم الشخص أو يهدد حياته أو حريته أو عائلته .  
كذلك يشترط فيه أن يكون مما يؤثر في الشخص المميز غير سهل التأثير (homo constantissimus) ، فلا يحصى البريتور الجبان .

٢ — جريمة النش (Dolus Malus)

يفرق الرومان بين النش الجائر (dolus bonus) ، والنش غير الجائر (dolus malus) . فالأول وهو الذى يقع ضد الأجنى أو المدوكان يعتبره القانون الرومانى مباحاً لأنه كان لا يترف بأى حق من الحقوق للمدو ، ويعتبر أيضاً من قبيل النش الجائر أساليب الاقتاع والكذب التى تعتبر من قبيل المهارة في المعاملات فلا يعتبرها القانون مبطله للتصرف أو ممية للرضا .

أما النش (dolus malus) فهو استعمال الخداع والحيلة على شخص بقصد إيقاعه في الخطأ وعمله بذلك على القيام بأمر من الأمور المادية أو القانونية .  
ولم يكن النش معاقباً عليه في القانون القديم لاعتباره نوعاً من المهارة من جهة ولما احتوت عليه العقود الرسمية القديمة من ضمانات علنية تحمي كل طرف من غش الآخر من جهة أخرى . ولكن عند ما أصبح الغش عملاً غير شريف ونوعاً من الخيانة اعتبره البريتور جرعة كالأكراه ومنع المجنى عليه كما في الأكراه وسائل ثلاث لحماية حقوقه وهي دعوى الغش ودفع الغش وطلب إعادة الشيء إلى أصله (restitutio in integrum ob dolum)

٣٩٤ — دعوى الغش : دعوى الغش كقاعدة عامة دعوى جنائية كدعوى الأكراه فهي مؤقتة بمدة سنة ، وتعطى بطريق دعوى التخلي (action noxale) في حالة ارتكاب الغش من شخص تابع لغيره . إلا أن صفها الجنائية أخف بكثير من دعوى الأكراه . ذلك (١) أنها دعوى بسيطة (au simple) بمعنى أنه لا يحكم فيها إلا بقيمة الضرر وحده (٢) أنها دعوى تحكيمية تؤدي في الغالب إلى إبطال التصرف برد الشيء عيناً (٣) أنها جائزة ضد ورثة الفاعل بقدر ما استفادوا (٤) أنه لا يجوز الجمع بينها وبين الدعاوى المدنية ولا يجوز قبض قيمتها سوى مرة واحدة عند تعدد الفاعلين (٥) أنها دعوى احتياطية (action subsidiaire) بمعنى أنه لا يجوز استعمالها إلا إذا لم يتمكن من وقع في الغش من الحصول على تمويض الضرر بطريق آخر مثلاً باستعمال الدعوى الناشئة عن العقد أو باستعمال الدفع (exceptio) ، كما إذا كان المقد الذي تم غشاً لم ينفذ بعد فليس لمن وقع في الغش استعمال هذه الدعوى بل عليه الانتظار حتى يطالب بالتنفيذ والدفع عندئذ بالغش .

٣٩٥ — الفرق بينها وبين دعوى الأكراه : يمكننا مما تقدم حصر هذه الفروق فيما يأتي : — (١) دعوى الأكراه قد تؤدي إلى الحكم على المكره بأربعة أمثال الضرر بخلاف دعوى الغش فهي دعوى بسيطة (au simple) لا يترتب

عليها سوى الحكم على الفاعل بمثل الضرر وحده (٢) دعوى النش دعوى احتياطية (action subsidiaire) دون دعوى الاكراه (٣) لا تجوز ضد غير الجاني ولو استفاد من الجريمة ما لم يكن وارثه . بخلاف دعوى الاكراه فتعطي ضد المكره وضد كل من يكون قد استفاد من الاكراه كما سبق بيانه . (٤) وأخيراً فان دعوى النش من الدعاوى التي يترتب على الحكم فيها إلحاق الوصمة بالمحكوم عليه (action infamante) ولذلك فلا يجوز رفعها على من تربطهم بالمجنى عليه صلة قرابة أو ولاء .

### ٣ — جريمة غش الدائنين (Fraus Creditorum)

٣٩٦ — المعاني المختلفة لكلمة (fraus) : لهذه الكلمة معان متعددة . فهي تستعمل عادة بمعنى الطرق الاحتيالية وتفيد أحياناً النش (dol) إلا أن هذه الكلمة معنى قانونياً خاصاً في موضعين : (١) النش الذي يرتكبه الموقوف إضراراً بحقوق معتقه في الميراث ويماقب عليه القانون البريتوري بدعوى (actio Calvisiana) و (actio Fabiana) . (٢) وغش الدائنين ، وهو النش الذي يرتكبه المدين المصّر بدائنه ، وهو ما سنعني بدراسته .

٣٩٧ — العقاب على غش الدائنين : تقرر هذا العقاب بناء على فكرة العدالة التي تقضى باعتبار أموال المدين ضامنة لحقوق دائنيه . ففي كل الأحوال التي يتصرف فيها المدين في أمواله بطريق النش ويترتب على تصرفه هذا إعساره أو زيادة إعساره ، فانه يرتكب جريمة يعاقب عليها بدعوى برتورية نقلت إلى التشريع الفرنسي وإلى تشريعنا المصري وعرفت بالدعوى البولصية (مادة ١١٦٧ مدني فرنسي — ١٤٣ مدني أهلي — ٢٠٤ مدني مختلط) .

ومن الصعب دراسة أحكام هذه الجريمة في قانون جوستينيان لادماجه طرقات ثلاثة للعقاب على غش الدائنين في الدعوى البولصية بعد أن كان لكل منها تطبيق



مستقل في المصير الملقى ، ونعني بهذه الوسائل الثلاث : (١) أمر النش (*interdit*)  
(*fraudatoire*) . (٢) دعوى شخصية بالتعويض وهي الدعوى البولصية . (٣) رد  
الشيء إلى أصله (*restitutio in integrum*) .

٣٩٨ — ١ . أمر الفسخ : هو أمر يصدره البريتور إلى الغير الذي تعاقد  
مع المدين المسر وحصل منه على شيء مادي برد الشيء إلى مال المدين حتى يتمكن  
دائئوه من التنفيذ عليه أسوة بباقي أموال مدينهم . فإذا لم يدعن الماقد لأمر  
البريتور فإن البريتور كان يمنح الدائن دعوى تحكيمية تؤدي إلى الحكم في حالة عدم  
الرد بتعويض مالي .

ولا يستفيد من هذا الأمر سوى الدائن الذي استصدره ، وكان طلبه مقيداً  
بعدة سنة من تاريخ التصرف . وهو كما رأينا مقصور على حالة ما إذا تصرف المدين  
في شيء من ملكه ، فهو لا يؤدي والحالة هذه إلى حماية حقوق الدائن حماية كافية ،  
إذ للمدين سيء النية أن يضعف صمان دائئيه بوسائل أخرى ، كأن يعقد ديوناً  
جديدة أو يتنازل عن دين له .

٣٩٩ — ظهور الدعوى البولصية : لذلك نشأت الدعوى البولصية للظمن  
في مثل التصرفات السابقة ، وقد أنشأها البريتور وجرى العرف بنسبتها إلى بريتور  
مجهول اسمه بولص (*Paulus*) ، ولذا سميت بالدعوى البولصية . وسندرس :  
أولاً — شروط استعمال الدعوى البولصية .  
ثانياً — ثم ندرس آثارها .

## ١ — شروط استعمال الدعوى البولصية

سنتمرض ، قبل الكلام على هذه الشروط ، إلى بيان من يرفع الدعوى  
البولصية وعلى من ترفع ، لاختلاف أحكام القانون الروماني في ذلك عن القانون  
الحاضر .

٤٠٠ — ممن ترفع الدعوى وعلى من ترفع : فى القانون الحاضر يجوز لكل دائن رفع الدعوى البولصية مستقلا عن الدائنين الآخرين ولا يستفيد منها سواء . وذلك لعدم وجود إجراء شامل لتصفية أموال المدين غير التاجر فى حالة إعساره أسوة بالمدين التاجر ، إذ الافلاس قاصر على المواد التجارية . وهذا بخلاف الحال فى القانون الرومانى ، لأن أموال المدين كانت توضع عند إعساره تحت يد الدائنين (missio in possessionem) بإجراءات خاصة بقصد جردها ثم بيعها بطريق المزاد وتوزيع الثمن على جماعة الدائنين كل بنسبة دينه ، وكان يمين لاجراء هذه التصفية وكيل عن الدائنين يسمى (curator bonorum) وهو أشبه بالسنديك فى التفاليس التجارية . لذلك كانت ترفع الدعوى البولصية فى الغالب من وكيل الدائنين باعتبارها إجراء من إجراءات التصفية ، وكانت تؤدى إلى إعادة ماخرج من مال المدين بتصرفاته التدليسية .

وترفع الدعوى البولصية على المدين نفسه كما يجوز رفعها على من تعاقد معه أو استفاد من تصرفه . والواقع أنها ترفع عادة على هذا الأخير إذ لا فائدة ترجى من استعمالها فى مواجهة المدين وهو معسر .

٤٠١ — شروط استعمال الدعوى المذكورة : (١) يشترط فى التصرف المطمون فيه أن يكون من التصرفات القابلة للفسخ . فلا يجوز المطمون بهذه الدعوى فى تصرف لا يقبل الفسخ مثل التحرير (affranchissement) وقبول التركة (addition d'hérédité) بناء على القاعدة المشهورة (semel heres semper heres) (٢) يجب أن يترتب على التصرف المطمون فيه افتقار المدين ، سواء حدث هذا بانقاص الجانب الايجابى من ذمته كأن يكون قد تصرف فى ماله بالبيع أو الهبة أو التنازل عن دين ، أو بالزيادة فى الجانب السلبي منها كمقعد ديون جديدة ؛ أو ببساطة أخرى يشترط فى التصرف المطمون فيه أن يكون مفقراً للذمة (un acte d'appauvrissement) ، فلا يكتفى إذن أن يتمتع المدين عن الاغتناء كرفض ميراث أو وصية أو هبة أو إهمال صفقة رابحة .

(٣) يجب أن يكون التصرف قد أضر بمصلحة الدائنين ، ويعتبر الضرر متوافراً متى جر هذا التصرف إلى إعسار المدين أو زاد في حالة إعساره ، فلا تقبل الدعوى إذا كانت أموال المدين الباقية كافية لسداد دينه لانعدام الضرر ، وبالتالي لانعدام المصلحة في رفع الدعوى ، وحيث لا مصلحة فلا دعوى (pas d'intérêt pas d'action) .

(٤) ويجب أن يكون المدين سيئ النية (consilium fraudis) ، ولا يستلزم سوء النية أن يعتمد المدين إعسار نفسه أو زيادة إعساره بقصد الاساءة إلى دائنيه . بل يكفي أن يكون عالماً بسوء حاله وبما يترتب على تصرفه من الأضرار بمصالح دائنيه . ويعتبر سوء النية متوافراً دائماً ، إذ لا يعقل ، إلا في أحوال استثنائية بمحتمة ، أن يعتقد شخص في نفسه الثراء حالة كونه معدماً . ومع ذلك ففي النصوص ما يشير إلى مثل هذه الحالات الاستثنائية ، كما إذا كان لشخص أموال طائلة في أقليم بعيد عن موطنه ثم هلكت هذه الأموال بقوة قاهرة ، فإذا جهل الشخص المذكور هذا الحادث وبأثر تصرفاً من التصرفات المضرة بدائنيه ، فلا يمكن وصفه بسوء النية توصلًا لابطال هذا التصرف .

(٥) يجب أن يكون الغير الذي تعاقد مع المدين أو استفاد من تصرفه شريكاً معه في سوء النية (conscius fraudis) أى شاعراً بسوء حال المدين وبما يترتب على تصرفه من الأضرار بمصلحة الدائنين .

إلا أن الفقهاء يفرقون بين الذي استفاد بمقابل كالشترى ، والذي استفاد بدون مقابل كالوهوب له . فيستلزمون في الأول سوء النية ولا يستلزمون في الثاني بل تصح الدعوى عليه ولو لم يكن عالماً بنتيجة التصرف الذي استفاد منه . وذلك لأن الأول كالشترى مثلاً يسمى كالدائن لدرء خسارة إذ يضار إذا ألزم برد الشيء المبيع إلى المدين ، ولذلك فلا يجوز تضحية مصلحة لفائدة الدائنين إلا إذا كان سيئ النية . بخلاف الثاني كالوهوب له فإنه يسمى لنوال مكسب ، ولا شك أن مصلحة الدائنين

أولى بالرعاية من مصلحته فصح الدعوى عليه ولو لم يكن شريكا للمدين في غشه أى ولو كان حسن النية .

وقد يحصل أن يتصرف من تعامل مع المدين في المال الذى اكتسبه إلى شخص ثالث (sous-acquéreur) ، فيجوز رفع الدعوى عليه بشرط أن يكون سيئ النية أو مكتسباً بغير عوض ، وبشرط أن تكون الدعوى ذاتها مستوفاة شروطها بالنسبة لسلفه الذى اكتسب هذا المال قبله .

## ٢ — آثار الدعوى البولصية وطبيعتها

٤٠٢ — **فهمانص الدعوى البولصية :** الدعوى البولصية من الدعاوى التحكيمية ، فصيغتها تسمح للقاضى بتقدير ما يجب على المدعى عليه رده ، ولا ينتقل القاضى إلى الحكم بالتعويض إلا إذا لم يجب المدعى عليه دعوة القاضى إلى إرضاء المدعى .

ويختلف ما يحكم به على المدعى عليه باختلاف حالين : الأولى إذا رفعت على المدين أو من تعاقد معه وكان سيئ النية . الثانية إذا رفعت على المتعاقد مع المدين وكان حسن النية ولا يكون ذلك إلا إذا كان التصرف قد صدر إليه بدون عوض .  
ففي الحالة الأولى ، أى بالنسبة للمدين أو المتعاقد معه بسوء نية ، فإنه يحكم على كل منهما بتعويض الضرر الذى لحق الدائنين وليس فقط بقدر اغتنامه ، فيحكم عليه مثلاً ، علاوة على القيمة ، رد الثمرات أيضاً .  
أما في الحالة الثانية ، أى بالنسبة للمتعاقد مع المدين بحسن نية ، فلا يحكم عليه إلا بقدر اغتنامه فقط .

ويلاحظ بأن الدعوى البولصية لا يكون لها هذا الأثر في الحالة الأولى إلا إذا رفعت في مدة سنة من تاريخ التصرف ، بمعنى أنه إذا رفعت بعد ذلك فلا يترتب عليها الحكم بأكثر من مقدار ما استفاده المدعى عليه فعلاً ، أى بقدر اغتنامه من التصرف .

هذا وقد اختلف الشراح في تكييف طبيعة الدعوى البولصية فساءلوا عما إذا كانت دعوى جنائية أو دعوى مدنية ، وعما إذا كانت دعوى شخصية أو دعوى عينية .

٤٠٣ — هل هي دعوى جنائية أو مدنية : بالرغم من اختلاف الشراح في ذلك ، فالظاهر أنها كانت دعوى جنائية بدليل أنها مؤقتة بمدة سنة كدعوى النش ودعوى الاكراه . غير أن هناك أحكاماً كثيرة تقرب هذه الدعوى من الدعاوى المدنية منها : (١) أنه لا يصح رفعها بطريق دعوى التخلي (action noxale) فيما إذا ارتكب النش من شخص خاضع لسلطة غيره (٢) وأنه في حالة تعدد الشركاء إذا حصل الدائن على رد الشيء من أحدهم سقط حقه قبل الآخرين (٣) وكذلك ليس في النصوص ما يمنع الدائن من رفع الدعوى على ورثة الفاعل بقدر ما استفادوا من التصرف .

٤٠٤ — هل هي دعوى شخصية أو عينية : يرجع السبب في اختلاف الشراح في هذا الموضوع إلى وجود نص في كتاب النظم لجوستينيان (Institutes 1,6,6) يقضى بأنه « إذا تصرف المدين في شيء من ماله فيجوز للدائنين عند وضع أموال المدين المعسر تحت يدهم وبعد فسخ التصرف استرداد الشيء التصرف فيه (peter rem) فالجزء الأخير من النص يفيد استرداد الدائنين للشيء التصرف فيه . لذلك استنتج الشراح الأقدمون وجود دعوى بولصية عينية تؤدي إلى استرداد الشيء التصرف فيه عينا .

وينتقد أكثر الشراح المحدثين هذا التفسير بناء على أن الدعوى البولصية ناشئة عن جريمة والدعاوى الجنائية كلها شخصية فلا يمكن بحال أن تكون الدعوى البولصية دعوى عينية . وما يشير إليه ذلك النص إنما يرجع إلى أثر الدعوى العينية التي كانت تمنح في العصر الملى بعد فسخ التصرف بطريق إعادة الشيء إلى أصله (restitutio in integrum). ولا زال شراح القانون المدني في الوقت الحاضر يتناقشون فيما بينهم في طبيعة الدعوى البولصية وهل هي عينية أم شخصية .

# الفصل الثاني

## في أشباه الجرائم

(Les Obligations Quasi ex Delicto)

٤٠٥ — **مصرها** : أشباه الجرائم محصورة في القانون الروماني وقد تقررت كلها في منشور البريتور . فقد قرر الحكام القضائيون في أوقات مختلفة العقاب على بعض أفعال ضارة تقع كلها عن خطأ أو إهمال من الفاعل ولا تتضمن نية الاضرار إلا في حالة واحدة وهي تحيز القاضي .

٤٠٦ — **ملازمها** : أشباه الجرائم كما عددها (Gaius) وكما نقلها عنه جوسنتيان أربعة :

١ — حالة القاضي الذي يخل بواجبه بأن يقصر في القيام بإجراء من الاجراءات في الدعوى ويترتب على إهماله هذا ضرر لأحد الخصوم كأن يتخلف عن اليوم المحدد لنظر الدعوى فيترتب على ذلك هرب الدين ، أو يتحيز في الحكم فيصدر حكماً ظالماً للحياة أحد الخصام ويقال للقاضي في هذه الحالة بأنه « جعل القضية قضيته » بمعنى أنه فصل فيها لا باعتباره قاضياً بل باعتباره صاحب مصلحة في القضية . وكان القاضي في هذه الحالة ملزماً بمقتضى نصوص الألواح الاثني عشر بتعويض الخسارة التي لحقت الطرف المظلوم وكان لهذا الأخير أن يقاضيه مكان خصمه وأن ينفذ على شخصه بدعوى إلقاء اليد (manus injectio) . وقد تعدلت هذه القواعد بفضل تدخل البريتور ، واكتفى فيها بمرامة بسيطة يحكم بها على القاضي

إذا تخلف أو قصر في الاجراءات ، وبإلزامه بقيمة الدعوى إن كان قد تسبب في ضياعها .

٢ — حالة سقوط شيء من منزل على بعض المارة في الطريق العام ولو نشأ ذلك عن إهمال بسيط من صاحب المنزل . وفي هذه الحالة يلزم صاحب المنزل بتعويض الضرر إذا أصاب شخصاً حراً بجرح وبترامة قدرها ٥٠٠٠٠ سيسترس إن قتله وبضعف الضرر إن كان المصاب رقيقاً أو حيواناً . ويلحق بهذه الحالة حالة ترك حيوان مقترس في مكان معد لمرور الناس أو اجتماعهم .

٣ — تعليق متاع على جدران المنزل أو سطحه بصورة يخشى منها سقوطه على المارة . فجرد احتمال وقوع الضرر بسقوط الشيء يكون جريمة يعاقب عليها القانون البريتورى . فيعطى لكل شخص الحق في رفع دعوى جنائية على صاحب المنزل وبمحكم فيها بترامة قدرها ١٠٠٠٠ سيسترس .

٤ -- مسئولية صاحب السفينة أو الفندق عن الجرائم أو السرقات التي يرتكبها مستخدموه أو عماله أثناء قيامهم بالمعمل اضراراً بالمسافرين أو النازلين بالفندق . فترفع على كل منها دعوى السرقة أو دعوى الاضرار بحسب الأحوال بمقدار ضعف الضرر . أما أساس مسئوليته فهو إهمال في اختيار عماله .

# الفصل الثالث

## في العقود

( Les Contrats )

### مقدمة عامة في تاريخ العقود في القانون الروماني

٤٠٧ — قاعدة (ex nudo pacto actio non nascitur) : المبدأ العام في الشرائع الحالية أن العقد ملزم للمتعاقدين بمجرد الاتفاق أو الرضا المتبادل . فالاتفاق والعقد بمعنى واحد . هذا هو ما نبر عنه عادة بقولنا أن الاتفاق شريعة المتعاقدين وهو المبدأ المشهور بكفاية الإرادة ( l'autonomie de la volonté ) أو حرية التعاقد ( la liberté des conventions ) .

أما في القانون الروماني فلم يكن الأمر كذلك لأن الاتفاق المجرد ( nudum pactum ) ، أي مجرد توافق إرادتين ، لم يكن ملزماً لأحد من الطرفين . ما لم يكن قد أفرغ في عقد تمت إجراءاته الرسمية . فتنص الموسوعات ( Digeste ) ( 2'14'74 ) على أنه « لا ينشأ عن الاتفاق المجرد أي التزام وإنما ينشأ عنه فقط دفع » أو بمباراة أخرى لا ينشأ عن الاتفاق المجرد أي دعوى .

٤٠٨ — الرسمية : ( formalisme ) ويرجع السبب في هذه التفرقة بين الاتفاق والعقد إلى رسمية النظم القانونية في المصور الأولى ، إذ أن الأحكام القانونية ، كما رأينا في كل دراستنا السابقة سواء للأشخاص أو للأموال ، إنما كانت تنشأ عن الأوضاع الشكلية ذاتها لا من اتفاق الطرفين ، فكان لابد من قالب ( forme ) تصاغ



فيه الارادة حتى تنتج الأثر المطلوب .

٤٠٩ — **العقود الرسمية** : وقد كانت العقود محدودة العدد في القديم لا تشمل كثيراً من أنواع الاتفاق الجارية في المعاملات اليومية الحديثة كالرهن والوديعة وعارية الاستعمال وكانت العقود الرسمية محصورة في ثلاثة : عقد الاستدانة المسمى (nexum) وهو عمل يتم بالنحاس والميزان كالأشهاد في نقل الملكية ، والمقد الشفوي ، (contrat verbis) وصورته المهمة هي المشرطة (stipulatio) ، وهو يتم بسؤال من الدائن وجواب من المدين في عبارة خاصة فالدائن يسأل مدينه « هل تمدني بدفع مبلغ كذا ؟ » فيرد عليه « أعدك » ؟ (Spondesne mihi) Spondeo ؟ (centum) dare والمقد الكتابي (expensilatio) الذي يتم بكتابة الدين في سجل الدائن المسمى (codex) .

٤١٠ — **مزايا الرسمية** : وقد كان النظام الرسمي متفقاً مع الحالة القديمة لقلة المعاملات إذ كان التعاقد في تلك المصور نادراً لا يلجأ اليه الناس إلا عند الحاجة القصوى ، وكان يعتبر حادثاً خطيراً يستوجب العناية به والاحتفال بأمره مما يتفق مع الأشكال المطلوبة . وكان لهذا النظام فوائد كما كان له مضار .

فمن فوائده : (١) أنه يحمل المتعاقدين على التفكير والتروي قبل الاقدام على العقد . (٢) ويحدد الوقت الذي يتم فيه العقد على وجه الدقة أى الوقت الفاصل بين تمام العقد وبين المحادثات أو المفاوضات السابقة عليه . (٣) ويسهل عبء الدائن في الإثبات ويحدد بوجه الدقة التزامات المدين أو مقدار دينه ، فلا يخشى تسف القاضي .

ولكن لهذا النظام مضاره ففيه عرقلة للمعاملات لاشتراطه حضور الطرفين ولتقيده بنصوص العقد وألفاظه وإمال نية المتعاقدين ، وهو يجر في كثير من الأحيان إلى بطلان العقد بسبب الشكل . فنظام الرسمية وإن كان مفيداً من حيث ضبط علاقات الأفراد بمضمهم يعمض على وجه الدقة وبشكل لا يقبل التفسير إلا أنه لا يتفق والمعاملات التجارية .

٤١١ — **ظهور العقود غير الرسمية** : غير أن الحضارة الرومانية ما لبثت أن تطورت باتساع أرجاء الدولة الرومانية بطريق الفتح والغزو ، فكان من شأن ذلك أن كثرت التبادل واتسعت التجارة والتجارة تستدعي السرعة وبساطة التعامل بين الحاضرين والغائبين . واقرن ذلك بتقدم في التفكير القانوني ، مما أدى إلى التمييز بين الشكل في العقد ، وإعطاء الإرادة قسما من الأثر القانوني . كذلك رؤى أنه ليس من العدالة أن يترك أحد الطرفين لنفس الطرف الآخر أو إكراهه على التعاقد . لذلك أنشئت منذ أواخر الجمهورية طرق للعقاب على النفس والاكراه في العقود . وظهرت بجانب العقود الرسمية العقود المدنية والرضائية والعقود غير المدنية واتصرت مبدأ سلطان الإرادة انتصارا كاملا في العقود الرضائية . واتصرت بعد ذلك في عقود أخرى عرفت بالاتفاقات البريتورية والاتفاقات الشرعية .

٤١٢ — **عقد القرض أول عقد عيني** : ففي القرن السادس لروما تمت تأثير التقدم الاقتصادي نشأ أول عقد غير رسمي تابع لقانون الشعوب . هذا العقد هو عقد القرض (mutuum) أو عارية الاستهلاك (prêt de consommation) وهو تسليم نقود أو مثليات لاستهلاكها مع رد قيمتها أو مثلها . وقد كان المقرض غير ملزم بالرد إلا إذا تمهد باحدى العقود الرسمية المتقدمة ثم اعتبر أن مجرد تسليم العين (res) أى النقود أو المثليات يجعله ملزما بالرد إلى المقرض فالالتزام إنما ينشأ من تسليم العين لا من الاتفاق ذاته ولذا سمي العقد المذكور بالعقد العيني (contrat réel)

وعقد القرض هذا كالعقد الشفوي وكالعقد الكتابي ينشأ عنه التزام معين القيمة (certain) ومن طرف واحد (unilatérale) وهو المقرض وحده ، ومن القانون الصيق (de droit strict) .

٤١٣ — **عقود مسع العينية والعقود الرضائية** : وفي نهاية القرن السادس أوبداية القرن السابع لروما (حوالى ١٥٠ سنة قبل الميلاد) تحت تأثير نفس العوامل الاقتصادية ، وتحت تأثير مبادئ الفلسفة الصوفية نشأت عقود جديدة مبنية على

حسن النية في التعامل . هذه العقود هي : ( ١ ) بعض عقود عينية أى تنمقد بتسليم العين موضع العقد ، وتشمل عقد الثقة أو الائتمان (fiducie) ، وعقد عارية الاستعمال (commodat) ، وعقد الوديعة (dépot) ، وعقد الرهن الحيازي (gage) (٢) بعض عقود يطلق عليها الآن العقود الرضائية (contrats consensuels) تنمقد بمجرد التراضي ، وهى أربعة : عقد البيع (emptio - venditio) ، وعقد الاجارة (locatio - conductio) . وعقد الشركة (societas) ، وعقد الوكالة (mandatum) .

وبذلك نشأ التقسيم الرباعي للعقود كما ذكره (Gaius) ونقله عنه جوستنيان وهو تقسيم العقود إلى شفوية (verbis) وكتائية (litteris) وعينية (re) ورضائية (consensu) .

وتتميز العقود العينية ، ما عدا عقد القرض والعقود الرضائية ، عن العقود الرسمية بأنها عقود تبادلية (synallagmatiques) ، بمعنى أنها ملازمة من الجانبين فكل منهما دائن ومدين ، بينما العقود الرسمية فردية (unilatéraux) بمعنى أنه لا ينشأ عنها سوى التزامات على طرف واحد هو من تعهد بها . وتختلف كذلك عن العقود الرسمية فى أنها من عقود حسن النية (contrats de bonne foi) ، أى أن للقاضي عند الفصل فيها حرية التقدير ، فهو يفسر التزاماتها بما يقتضيه حسن النية والشرف فى المعاملات ، وبما يقصده الطرفان من التعاقد بدلاً من أن يكون مقيداً بالكلمات أو المبارات التى قيلت أو كتبت فى العقد ، كما هو الحال فى العقود الرسمية التى يطلق عليها اسم عقود القانون الضيق (contrats de droit strict) ، أو عقود حرفية التنفيذ .

٤١٤ — **الاعتقافات البريتورية** : وفى نفس الوقت الذى قرر فيه القانون المدينى عقوداً مبناها حسن النية وبعضها ينمقد بمجرد التراضي ، عمل البريتور من جانبه على تضيق تطبيق المبدأ القديم القائل بأنه لا ينشأ عن الاتفاق المجرد أى التزام ، فمن جهة كان يشل بطريق الدفع (exception) الدعوى التى يرفعها

المدعى خلافاً للاتفاق المجرد ، ومن جهة أخرى كان يمنح من جانبه دعاوى بريتورية للمطالبة بتنفيذ بعض الاتفاقات (pactes) المنشئة لالتزامات من طرف واحد ، وينال لها الاتفاقات البريتورية (pactes prétoriens) ، وهي اتفاق القسم (pacte de serment) ، واتفاق تأجيل الدين (pacte de constitut) ، والاتفاق على دفع دين النير (receptum) .

٤١٥ — العقود الموسمية أو غير المعينة : كذلك أقر القانون في عصر الامبراطورية بعض اتفاقات تبادلية لا تدخل تحت أى نوع من الاتفاقات التبادلية السابق ذكرها والتي لها اسم معلوم (nomen) ، ولذلك سميت بالعقود اللاسمية (contrats innommés) ، وهي عبارة عن اتفاقات تبادلية لا تصبح ملزمة للطرفين إلا إذا قام أحدها بتنفيذ التزامه مثل عقد البذل .

٤١٦ — الاتفاقات الامبراطورية أو الشرعية : وأخيراً وفي العصر البيزنطى عمل الأباطرة من جانبهم ، وتحت تأثير التعاليم اليونانية ، على هدم القاعدة القديمة ، فأيدوا بقوانين منهم — وهم المصدر الأول للتشريع في هذا العصر — بعض اتفاقات عرفت بالاتفاقات الشرعية (pactes légitimes) ، وهي الهبة ، واتفاق المهر ، واتفاق التحكيم إذا كان مؤيداً باليمين أو الكتابة .

ملاحظة : وفيما عدا ما تقدم أى في غير العقود الرضائية والاتفاقات البريتورية أو الشرعية ، بقيت القاعدة الأصلية ، وهي أن الدعوى لا تنشأ من مجرد الاتفاق ، معمولاً بها حتى في عهد جستنيان ، حيث بقي الاتفاق المجرد غير ملزم من بعض حالات إلا إذا أفرغ في صورة عقد رسمى ، أى في صورة اشتراط (stipulatio) ، ومن هذه الحالات ما يأتى :

١ — الاتفاق على الفوائد .

٢ - الوعد بالبيع (promesse de vente) .

٣ — الوعد بالقرض أو مانسميه أيضاً فتح اعتماد (ouverture de crédit) .

٤ — الاتفاقات التبادلية التي تصبح بتنفيذ أحد الطرفين من العقود الاسمية وذلك قبل التنفيذ من أحد الطرفين ، مثل الاتفاق على البدل فهو غير ملزم بنفسه لأى من الطرفين إذا لم يتم أحدهما بتسليم ما التزم بنقل ملكيته إلى الآخر .  
٥ — الاتفاق على التحكيم إذا لم يؤيد باليمين أو الكتابة .

٤١٧ — **تقسيمات العقود** : كانت العقود في العصر العلمى تنقسم من عدة وجوه إلى عقود رسمية وعقود غير رسمية ، وإلى عقود تابعة للقانون المدنى وعقود تابعة لقانون الشعوب ، وإلى عقود فردية وعقود تبادلية ، وأخيراً إلى عقود حسن النية وعقود القانون الضيق

١ — **التقسيم الأول للعقود إلى رسمية وغير رسمية** : العقود الرسمية إثنان : العقد الشفوى (stipulation) والمقد الكتابى (expensilatio) ، وكلهما عقد مجرد (acte abstrait) أى لا يبين سببه . فالاشتراط على الخصوص يمكن استخدامه لتحقيق كل أنواع الاتفاقات المختلفة فهو بمثابة قالب لافراغ العقود . فكما يمكن استخدامه لتحقيق عقد من عقود التبرع كهبة أو دونه ، يمكن استخدامه أيضاً لتحقيق عقد من عقود الماوضة كبيع أو قرض ربوى . وما عداها من العقود يخلو من الأوضاع الشكلية ولا يستخدم إلا لتحقيق غرض معين لا يتغير ، فمقد البيع مثلاً يقصد به دائماً إكتساب ملكية شئ من الأشياء فى مقابل ثمن .

٢ — **التقسيم الثانى الى عقود تابعة للقانون المدنى وعقود تابعة لقانونه الشعوب** : فإداة الالتزامات على العكس من مادة الأشخاص أو الأشياء ترجع جل أحكامها إلى قانون الشعوب إذ هى مادة المعاملات . لذلك كانت العقود التابعة للقانون المدنى والقاصرة على جماعة الرومان محدودة العدد وقاصرة على المقد الكتابى وعلى المقد الشفوى فى صورته الأولى (sponsio) ، أما بقية العقود الأخرى وهى عقد الاشتراط (stipulation) والعقود غير الرسمية فكانت جائزة فيما بين الرومان وغيرهم ، إذ ظهرت كلها فى قانون الشعوب .

٣ — **التقسيم الثالث للعقود إلى فردية وتبادلية** : فالمقد الفردى (contrat)

(unilatéral) أو الملزم لجانب واحد هو العقد الذى لا ينشئ التزامات إلا فى جانب واحد . فيكون أحد طرفى العقد دائماً غير مدين ، والطرف الثانى مديناً غير دائن . مثل ذلك عقد القرض ، يلتزم فيه المقرض برد المثل دون أن يلتزم القرض بشئ ما . والعقد التبادلى (contrat bilatéral, synallagmatique) أو الملزم للجانبين هو الذى ينشئ التزامات متقابلة فى ذمة كل من المتعاقدين ، فكل منهما دائن ومدين للآخر . مثل ذلك عقد البيع فالبايع يلتزم بنحو المشتري بنقل ملكية البيع ويلتزم المشتري بنحو البائع بدفع الثمن ، وفى عقد الاجارة يلتزم المؤجر بنحو المستأجر بتسليم العين ويلتزم المستأجر بنحو المؤجر بدفع الأجرة .

وقد قسم القانون الرومانى العقود التبادلية إلى قسمين ، تبادلية كاملة (contrats synallagmatiques parfaits) وتبادلية ناقصة (con. syn. imparfaits) . فالعقد التبادلى الكامل هو الذى ينشئ ، منذ تكوينه ، التزامات متقابلة فى ذمة كل من المتعاقدين مثل عقد البيع والاجارة كما تقدم . أما العقد التبادلى الناقص فهو عقد ملزم فى الأصل لجانب واحد ، ولكن الجانب الآخر يلتزم بعد نشوء العقد مثل عقد الوديعة فهو لا يلزم فى الأصل سوى الوديع الذى يلتزم بالمحافظة على الوديعة وردها إلى المودع عند طلبه . ولكن قد يلتزم المودع فيما بعد بتعويض ما أصاب حافظ الوديعة من الضرر بسبب الشئ المودع أو برد المصروفات الضرورية التى أنفقت فى حفظ الشئ من الهلاك .

ويلاحظ بأن الشرع الفرنسى لم ينقل بحق هذا التقسيم للعقود التبادلية لأن ما يسمى بالعقد التبادلى الناقص حقيقته عقد ملزم لجانب واحد ، وما عسى أن ينشأ من الالتزامات بعد ذلك فى جانب الدائن لم ينشأ من العقد ، بل هى التزامات مصدرها سبب آخر خارج عنه : فاما العمل الضار فى حالة التعويض عن الضرر أو الأضرار بلا سبب فى حالة رد المصروفات الضرورية .

غير أن هذا التقسيم كان مفهوماً فى القانون الرومانى ، لأن العقود الملزمة للجانبين وحدها هى التى كانت تعتبر من عقود حسن النية (contrats de bonne foi)

أما العقود الملزمة لجانب واحد فكانت تعتبر عقوداً حرفية التنفيذ (contrats de droit strict) فكان من المفيد أن توصف العقود الملزمة لجانب واحد بأنها عقود ملزمة للجانبين ولو على نحو غير تام ، حتى يتيسر إدخال حسن النية في تنفيذها . ولكن هذه الفكرة الرومانية لم تمد قاعة في القانون الحديث ، إذ أصبحت كل العقود ، سواء كانت ملزمة للجانبين أو ملزمة لجانب واحد ، من عقود حسن النية يجب أن يتوافر حسن النية في تنفيذها .

٤ — التقسيم الرابع للعقد الى عقود حسن النية وعقود القانون الضيق : سبق أيضاً الإشارة إلى هذا التقسيم . وعقود القانون الضيق لا تشمل سوى العقود الرسمية (المقد الشفوي والعقد الكتابي) وعقد القرض أو عارية الاستهلاك (mutuum) وما عداها من العقود فمن عقود حسن النية .

برنامج دراستنا للعقد : وسنكتفي في باب العقود بدراسة الأحكام العامة للعقد ثم نقصر كلامنا على أحكام عقد البيع لكونه أهم العقود في المعاملات .

---

## النظرية العامة للعقود

### أو القواعد العامة للعقود

يحسن بنا قبل دراسة العقود المختلفة أن ندرس القواعد العامة التي تطبق عليها جميعاً . ويقسمها الشراح عادة إلى قسمين قسم الأركان أو العناصر الجوهرية التي يجب توافرها في كل عقد بحيث لا يكون العقد صحيحاً إذا فقد واحداً منها وقسم العناصر العرضية التي توجد في العقد أو لا توجد ولكن لا يؤثر وجودها على صحة العقد .

وسنبداً بدراسة العناصر الجوهرية ويحصرها القانون المدني في أربعة :

١ — الرضا (consentement) .

٢ — الأهلية (capacité) .

٣ — محل يقوم عليه الاتفاق (objet) .

٤ — سبب شرعى للاتفاق (cause) .

أما في القانون الروماني فالشروط اللازمة لانعقاد العقد ولصحته ثلاثة : الرضا والأهلية والموضوع . أما السبب فلا يعتبر كقاعدة عامة شرطاً لصحة العقد وسندرس هذه الأركان تباعاً مخصصين لكل منها بحثاً مستقلاً بذاته .

### § ١ — الرضا (Le consentement)

٤١٨ — تمهيد : قسمنا فيما تقدم العقود باعتبار مصادرها إلى عقود عينية وشعوية وكتائية ورضائية . ولم يظهر لنا الرضاء كافياً لانعقاد العقد إلا في العقود الرضائية . على أنه إذا تميزت العقود الرضائية عن العقود الأخرى من هذه الوجهة فإنها تتحد معها من حيث اعتبار الاتفاق أو التراضي شرطاً أساسياً فيها سواء ما كان منها تبادلياً أو من طرف واحد . فإذا انعدم الرضا أو الاتفاق فلا عقد



والاتفاق يستلزم رضا طرفي العقد ، فاعلان الارادة من طرف واحد (pollicitatio) لا ينشأ عنه كقاعدة عامة أى الزام .

على أن هناك استثناءات ثلاثة نص عليها القانون الرومانى واعتبر فيها الارادة الفردية (volonté unilatérale) لازمة لصاحبها بمجرد إعلانها وهى (١) النذر الصادر إلى أحد الألهة (votum) (٢) الهبة الصادرة إلى إحدى المدن (pollicitatio) (٣) الاعلان عن جائزة لمن يعثر على عبد هارب (indicium) .

فالإيجاب الصادر من أحد الطرفين فى غير الحالات الاستثنائية المتقدمة لا يلزم صاحبه ولهذا الأخير المدول عنه حتى صدور القبول من الطرف الآخر .

وقد يكون العقد ، فيما عدا عقد الاشتراط ، بين اثنين كل منهما فى بلد والواسطة بينهما رسول (nuntius) أو الكتابة (per epistulam) ، وهنا يسأل عن وقت تمام العقد ، هل هو وقت صدور القبول من الطرف الثانى أو وقت وصول هذا القبول إلى الطرف الموجب ؟

لا يوجد فى النصوص ما يساعد على الجزم برأى فى هذا الموضوع . ولذلك اختلف الشراح فيما بينهم وذهبوا فى ذلك مذاهب ثلاثة : فالفريق الأول يرى بأن العقد يتم منذ الوقت الذى أعلن فيه الطرف الآخر قبوله ، ويقال لهذا المذهب بمنهج إعلان القبول (système de la déclaration) . ويرى الفريق الثانى بأن مجرد إعلان القبول لا يكفي بل لابد من وصول هذا القبول إلى الموجب ، بمعنى أن للموجب حتى هذا الوقت المدول عن إيجابه وللقابل المدول عن قبوله ويقال لهذا المذهب بمنهج وصول القبول (système de la réception) . وهناك رأى ثالث يذهب إلى أبعد من هذا فلا يكتفى بوصول القبول إلى الموجب ، بل يوجب علم الموجب بهذا القبول بالفعل ، ويقال لهذا المذهب بمنهج العلم بالقبول (système de la connaissance)

٤١٩ - الصفات الضرورية للرضا : ويشترط فى الرضا حتى ينتج أثره

الصفات الآتية :

١ — أن يكون حقيقياً أو جدياً (sérieux) ، أى غير صادر على سبيل المزل ، (jocandi causa) وإلا كان العقد باطلاً .

٢ — أن لا يكون صورياً (simulé) ، بأن يقصد به عقد آخر غير العقد الظاهر الذى اتفق عليه الماقدان . مثال ذلك الهبة المستترة فى صورة عقد بيع ، فالبيع وهو العقد الظاهر لا يصح إلا إذا توافرت جميع الشروط الخاصة بالعقد المستتر أى الهبة .

٣ — أن لا يكون صادراً عن خطأ أو تحت تأثير النش أو الاكراه أو مشواً بغيره .

ويعتبر الغلط والنش والاكراه والغبن فى أغلب الأحيان فى القانون الحاضر من العيوب المفسدة للرضا التى تؤدى إلى بطلان العقد بطلاناً نسبياً . بخلاف الحال فى القانون الرومانى حيث تتم برمانعة من الرضا وبالتالي من العقد ، فعلى تؤدى إلى بطلان العقد بطلاناً مطلقاً فى جميع الأحوال . وسندرس كلا من هذه العيوب على حدة .

٤٢٠ — **الغلط** (L'erreur) : الغلط هو الاعتقاد خطأً فى وجود أمر غير

موجود فى الواقع . والغلط الذى يمدد الرضا هو الذى يقع فى ثلاثة أمور :

١ — فى طبيعة العقد (error in negotio) ، كأن ينقد شخص آخر مبلغاً على سبيل القرض فىأخذه الآخر معتقداً أنه هبة .

٢ — فى شخص المتعاقد معه (error in persona) ، بأن اعتقد أحد الطرفين أنه تعاقد مع شخص معين مع أنه تعاقد مع غيره . أما الغلط فى صفات المتعاقد معه فلا تؤثر على الرضا ، وبالتالي لا تمنع من صحة العقد ، كأن يتعاقد شخص مع آخر على أنه حر فإذا به عبد .

٣ — فى ذاتية الشيء موضوع العقد (error in corpore) كما إذا اعتقد المشتري أنه يشتري منزلاً معيناً بينما البائع يتعاقد معه على منزل آخر .

أما الغلط فى صفات الشيء فلا يؤثر على صحة العقد فى عقود القانون الضيق . أما إذا كان العقد من عقود حسن النية وبالأخص فى عقد البيع فإن الخطأ فى جوهر

الشيء (erreur sur la substance) يعدم الرضا ويمنع من انعقاد العقد . والمقصود بالجوهر هنا المادة (matière) التي يتكون منها الشيء . فمثال الفلظ في الجوهر أن يشتري شخص آنية على أنها من ذهب فإذا بها من نحاس أو من فضة مذهبة أو أن يشتري زجاجة من النبيذ يظهر له فيها بدم أنها خل أو يشتري رقيقاً ذكرراً ثم يتضح أنه أنثى الخ . أما الفلظ في الصفات التي لا ترجع إلى جوهر الشيء فانه لا يؤثر على صحة الرضاء ، مثال ذلك شخص يشتري آنية معتقداً أنها من ذهب خالص فإذا بها من ذهب ردى .

٤٢١ — **الركره (metus)** : هو غصب الملتزم على التعاقد بالارهاب . ولا يمنع الارهاب من أن يكون لمن تعاقد تحت تأثيره إرادة وإن كان هو الموجب لها ، ولذلك فلا يترتب عليه بحال من الأحوال عدم قيام العقد لعدم الرضا . غير أنه يلاحظ بأن الوسائل التي قررها البريتور للمقاب على الاكره التي سبق درسها في باب الجرائم تمكن المكره في الواقع من فسخ العقد ، سواء بدفع دعوى الدائن عند مطالبته بتنفيذ العقد بدفع الاكره (exceptio metus) ، أو باستعماله دعوى الاكره (actio metus) وهي كما رأينا دعوى تحكيمية بأربعة أمثال القيمة وتؤدي في أغلب الأحيان إلى فسخ التصرف إذ يفضل المدعى عليه دائماً تنفيذ أمر القاضي برد ما يكون قد حصل عليه كرها حتى يتفادى بذلك الحكم عليه بأربعة أمثال الضرر ، أو يطلب إعادة الشيء إلى أصله (restitutio in integrum ob metum) ولا فارق فيما تقدم بين عقود القانون الضيق وعقود حسن النية . غير أن هناك أحكاماً خاصة بمقود حسن النية . فيجوز فيها لمن تعاقد تحت تأثير الاكره أن يمتنع عن تنفيذها بدون حاجة إلى طلب ادماج الدفع بالاكره في صيغة (formule) الدعوى المرفوعة عليه ، إذ يعتبر هذا الدفع ضمناً دائماً في عقود حسن النية . ويجوز له الطعن في العقد بسبب الاكره بنفس الدعوى الناشئة عنه ، وهي تفضل دعوى الاكره في أنها غير مؤقتة فهي لا تسقط بمضى سنة كدعوى الاكره كما أنه يجوز رفعها ضد ورثة المكره أو من استفاد من الاكره .

٤٢٢ — **الفش أو الترييس (dolus)** : هو إيهام شخص بأمر غير مطابق للواقع وحمله بذلك على التعاقد . ويؤدى الفش إلى إيقاع من صدر ضده فى الفلظ . فاذا كان الفلظ الذى وقع فيه راجعاً إلى طبيعة العقد أو إلى شخص التعاقد معه أو إلى موضوع العقد ذاته كان العقد منعدماً (inexistant) بسبب الفلظ كما تقدم . أما إذا كان الفلظ فى غير ما تقدم كما إذا حصل الفش فى نوع الشئ أو فى قيمته فانه لا يعدم الرضا وبالتالى لا يمنع من انعقاد العقد ، بل إنه ظل عديم الأثر على العقد حتى أواخر عهد الجمهورية حيث اعتبر الفش جريمة من الجرائم البريتورية . ويعزى إنشاء صيغة دعوى الفش إلى البريتور (Aquilus Gallus) فى سنة ٦٦ قبل الميلاد .

وقد قرر البريتور للعقاب عليها ، كما رأينا ، وسائل ثلاث : دفع الفش (exceptio doli) ، ودعوى الفش ، وإعادة الشئ إلى أصله (in integrum res-titutio ob dolum) . وتؤدى هذه الوسائل ، كما فى حالة الاكراه ، إلى فسخ العقد الذى تم تحت تأثير الفش ، وهذا مع تمييز بين العقود التابعة للقانون الضيق وعقود حسن النية .

فللدائن ، فى عقود القانون الضيق ، استخدام دعوى الفش للوصول إلى إبطال التصرف ، إذ هى دعوى تحكيمية وتجبر معها إلصاق الوصمة بالمحكوم عليه .

أما المدين الذى التزم تحت تأثير الفش فله استخدام الدفع بالفش للرد على دعوى الدائن المرفوعة عليه ولكن ليس له استعمال دعوى الفش ، إذ هى كما بينا دعوى احتياطية (action subsidiaire) لا يجوز استعمالها إلا إذا لم يتمكن من وقع فى الفش من الحصول على تعويض الضرر بطريق آخر .

أما فى عقود حسن النية فليس لمن تعاقد عليها تحت تأثير الفش استعمال دعوى الفش بحال من الأحوال بناء على صفتها الاحتياطية المتقدمة ، وإنما له الخيار بين أحد أمرين : إما انتظار مطالبة الآخر له بتنفيذ العقد والتمسك قبله بالفش الذى صدر منه وهذا بدون حاجة إلى طلب إدماج دفع الفش فى صيغة الدعوى بل يكفى

أن يبين ظروف العقد للقاضي عند نظره القضية ، وإما رفع الدعوى التي له بمقتضى العقد لمطالبة الطرف الآخر بتمويض الضرر الناشئ عن غشه ، وهي وإن لم تكن كدعوى الفسخ دعوى تحكيمية إلا أنها تفضل عنها من حيث أنها دأعة فلا تسقط بمضى سنة كدعوى الفسخ ومن حيث إمكان رفعها على ورثة الطرف الآخر الذى صدر منه الفسخ .

٤٢٣ — **البيع (La lésion)** : هو الضرر الكبير الذى يلحق أحد المتعاقدين لعدم التناسب بين ما أعطاه للطرف الآخر فى العقد وبين ما أخذه منه . والأصل أن البين مهما كان فاحشا لا يؤثر على الرضا وبالتالي على صحة العقد . لأن الرجل الماقل ذا الأهلية يتحمل نتائج تصرفه ، وليس له حق فى الشكوى من عمل نفسه .

ويستثنى من ذلك البين ضد منفعة القاصر عن ٢٥ سنة ، فقد سمح له البريتور طلب فسخ التصرف وإعادة الشيء إلى أصله (restitutio in integrum) إذا لحقه غبن ولو لم يكن ناشئا عن غش من الطرف الآخر . كذلك يجوز للبائع أن يطلب فسخ البيع واسترداد المبيع إذا زاد البين عن نصف قيمة المبيع الحقيقية إلا إذا قبل المشتري تكملة الثمن .

## § ٢ — الأهلية (La capacité)

يشترط لصحة العقد أن يكون كل من الدائن والمدين أهلا لمباشرة التصرفات القانونية . وقد سبق أن درسنا الأهلية بصفة عامة فى الكتاب الأول عند الكلام على الأشخاص .

ولذلك نكتفى بتلخيص المبادئ السابق شرحها فى جدولين أحدهما خاص بالأشخاص الذين لا يمكنهم مباشرة عقد من العقود باعتبارهم دائنين والآخر خاص بالأشخاص الذين لا يمكنهم مباشرة عقد من العقود باعتبارهم مدنيين

٤٢٤ — فلا يمكنه أن يصير دائناً :

- ١ — الطفل (infans) والمجنون (furiosus) لعدم تمييز كل منهما .
  - ٢ — الأجنبي (pérégrin) فيما يتعلق ب عقود القانون المدني وهي العقد الكتابي (expensilatio) والمقد الشفوي في صورته الأولى القاصرة على جماعة الرومان (sponsio) ما لم يمنح حق التعامل .
  - ٣ — المبد فانه لا يصير دائناً إلا طبقاً للقانون الطبيعي (jure naturali) .
- ٤٢٥ — ولا يمكنه أن يصير مدينا :

- ١ — من لا يتمتع بالأهلية الفعلية كالصبي والمجنون والسفيه .
  - ٢ — البنت الخاضعة لسلطة أبيها (filia familias) حتى العصر البيزنطي .
  - ٣ — ابن الأسرة الخاضع لسلطة أبيه (filius familias) حتى نهاية الجمهورية وبقى عديم الأهلية فيما يتعلق بعقد القرض (mutuum) طبقاً للقانون (Senatus - consulte Macédonien) .
- ٤ — الأجنبي في العقود التابعة للقانون المدني ، كالمقد الكتابي والمقد الشفوي في صورته القديعة (sponsio) .
- ٥ — المبد ، فانه لا يلتزم إلا طبيعياً فقط (jure naturali) .

### § ٣ — الموضوع (L'objet)

وهو الأمر الذي يتعهد المدين بالوفاء به لمصلحة الدائن . وقد يكون نقل ملكية شيء أو إنشاء حق عيني وهو ما يعبر عنه بإعطاء شيء (dare) مثل موضوع التزام المشتري بدفع الثمن والمستأجر بدفع الأجرة ، أو القيام بعمل معين (facere) مثل موضوع التزام المؤجر بتسليم الشيء المؤجر ، ومن هذا أيضاً التزام البائع بنقل وضع اليد (praestare) أو الامتناع عن عمل (non facere) .

## ٤٢٦ — الشروط الملزم توافرها في الموضوع : ويجب أن يحتوى

الموضوع على صفات لا يوجد عقد بدونها وهي :

(١) أن يكون معينا ، فلا قيمة لتمهد شخص بأن يبيع لآخر قسما دون تعيين المقدار . على أنه قد يكون موجودا حين المقد أو مما يوجد في الاستقبال . من هذا نشأ تقسيم العقود إلى عقود محققة (contrats commutatifs) وعقود احتمالية (contrats aléatoires) .

(٢) أن يكون أمرا مشروعا (licite) بأن لا يكون مخالفا للقانون أو للآداب فالتمهد بارتكاب جريمة أو بيع حق الميراث في تركه قبل وفاة صاحبها باطلان لخالفه موضوع الأول للقانون والثاني للآداب ، إذ يتضمن التصرف الأخير الرغبة في تعجيل وفاة المورث (mortis votum) ، على أنه قد أيسح مثل هذا التعاقد في قانون جوستينيان إذا رضى به المورث .

(٣) أن يكون أمرا ممكنا (possible) طبيعة وقنونا . فلا يصح التمهيد بأمر مستحيل ماديا كبيع رقيق مات أو قانونا كبيع رجل حر أو شيء ديني .

(٤) أن يكون فيه مصلحة للدائن (intérêt) ، فإذا انعدمت المصلحة فلا التزام . كمن يشتري ملكه ، من هذا أيضا أن يترك تقدير الثمن الى المشتري في عقد البيع أو تقدير الأجره الى المتأجر في عقد الاجارة لأن مثل هذا الشرط قديوى إلى انعدام مصلحة البائع أو المؤجر . ويشترط في المصلحة أن تكون حقيقية (sérieux) ومالية (pécuniaire) أى يمكن توقعها بحال . فلا تكن المصلحة الأدبية ، كأن يتمهد شخص لآخر بتحسين سلوكه . إلا أن الشراح في العصر الأخير من الامبراطورية يميلون إلى اعتبار المصلحة الأدبية كافية للالتزام في عقود حسن النية . كما إذا وكل عبد شخصاً في أن يشتريه من سيده ليحرره بعد ذلك . فاذا نفذ الوكيل الجزء الأول من الوكالة وهو الشراء دون الجزء الثانى وهو تحرير العبد ، فقد أباح شراح هذا العصر للسيد بالرغم من انقطاع صلته بالعبد بعد الشراء رفع دعوى الوكالة

المباشرة (actio mandati directa) على المشتري ومطالبته بتحرير العبد ا كتفاء  
بماطفة المحبة أو الحنان على العبد .

(٥) ويرتبط بالقاعدة المتقدمة قاعدة أخرى هي أن يكون موضوع التعهد أمراً  
يقوم به المدين للدائن لا لغيره ، ويقوم به المدين نفسه لا غيره . وذلك لأن العقد  
رابطة شخصية بين المتعاقدين ، فلا يصح أن يلحق أثره غيرهم . فإذا اشترط الدائن  
أمراً من الأمور لمصلحة غيره (stipulation pour autrui) أو تعهد المدين بأن  
يقوم به غيره (promesse pour autrui) كان هذا الاشتراط لمصلحة الغير  
أو التعهد عن الغير باطلا ، ولا يمكن لأحد أن يطالب بتنفيذه .

٤٢٧ — الاشتراط لمصلحة الغير (stipulation pour autrui) : الأصل  
أن الدائن يشترط التعهد لمصلحته ، فإذا اشترطه لغيره كان التعهد باطلا بالنسبة له  
لاتفاء المصلحة ، وحيث لا مصلحة فلا دعوى . كما وأن الغير الذي اشترط التعهد  
لمصلحته لا يمكنه مطالبة المدين بالوفاء لأنه لم يكن طرفا في العقد . وقد نص في  
مجموعة القوانين لجوستينيان (Code 4, 50, 6) في هذا الصدد ما يأتي : « حيث  
أنك لا تريد أن تمتلك لنفسك فانك لا تستطيع أن تملك غيرك » على أن للقاعدة  
المتقدمة استثناءات بعضها خاص بالمشرط (stipulant) ، وبعضها خاص بالغير  
الحاصل لمصلحته الاشتراط أي المنتفع (tiers bénéficiaire) .

٤٢٨ — (١) بالنسبة للمشرط : فيصح التعهد لمصلحة الغير ويحق للمشرط  
(stipulant) مطالبة التعهد بتنفيذه متى كانت له مصلحة شخصية في ذلك كما  
في الأحوال الآتية :

(١) حالة اشتراط جزاء (stipulatio poenae) . فلا يجاز التعهد على الوفاء  
للغير المنتفع ، يشترط الدائن (stipulant) على المتعهد (promettant) أن يدفع  
مبلغاً من النقود على سبيل الجزاء (peine) في حالة عدم وفائه بالتعهد لمصلحة الغير .  
مثال ذلك اتفق ا مع ب على أن يعطى ب إلى ج مبلغ ١٠٠ جنيه وأنه إذا لم  
يقم بتعهد هذا يدفع إلى ا مبلغ ٢٠٠ جنيه .



إنما يلاحظ أن الشرط الجزائي لا يصحح التمهيد لمصلحة الغير وإنما يؤدي فعلا إلى تنفيذه إذ من مصلحة التمهيد الوفاء إلى الغير لتفادي الحكم عليه بالشرط الجزائي وهو عادة أثقل حملا من التمهيد الأصلي .

٢ — حالة ما إذا اشترط الدائن على مدينه الوفاء إليه أو الغير ، ويقال للغير هنا بالدائن الشانوى (adstipulator) أو (créancier accessoire) ووظيفته قبض الدين ومطالبة الدين بالوفاء

٣ — قد تظهر أيضاً هذه المصلحة الشخصية للمشترط في المثل الآتي : إذا كان لقاصر وصيان ، ثم انقطع أحدهما عن الإدارة ولكنه اشترط على الوصي الآخر التمهيد بالمحافظة على سلامة أموال القاصر ، فمثل هذا التمهيد صحيح لأن للوصي المشترط . بالرغم من أن الاشتراط في مصلحة القاصر ، مصلحة شخصية في تنفيذ التمهيد ، إذ هو مسئول بطريق التضامن مع شريكه في الوصاية عن إدارة أموال القاصر .

٤٢٩ — (ب) بالنسبة للغير المحاصل الشرط فمعلوم : الأصل أن التمهيد لمصلحة الغير باطل فلا يحق للغير المنتفع المطالبة بتنفيذه لعدم وجوده طرفا في العقد . إلا أنه وجد لهذه القاعدة استثناءات عديدة في عصر جوستنيان يمكن حصرها فيما يأتي :

١ — كانت التمهيدات المضافة إلى ما بعد الموت (post mortem) باطلة في القانون القديم . إلا أنه أجاز منذ العصر العلي اشتراط الدائن حصول الوفاء له ولوارثه (pour soi et pour son héritier) ، فلوارث ولو لم يكن طرفا في العقد المطالبة بالوفاء بعد وفاة مورثه . كذلك أجاز جوستنيان نوعين آخرين من الاشتراطات المضافة إلى ما بعد الموت . وهي اشتراط الدائن حصول الوفاء في اليوم السابق على الوفاة ، واشترطه حصول الوفاء لوارثه بعد الوفاة . فلوارث مطالبة المدين في المثلين المتقدمين ولو لم يكن طرفا في العقد . وقد استخدمت الاشتراطات المتقدمة في عقود التأمين على الحياة .

٢ — إذا وهب شخص إلى آخر شيئاً على أن يرده إلى ثالث عند وفاته أو بعد زمن معلوم ، فالتبرع وهو المتبرع الثاني أن يطالب الموهوب إليه أو ورثته الوفاء بالتعهد المذكور ولو لم يكن طرفاً في العقد .

٣ — إذا أودع الوديع الوديعة إلى شخص آخر على أن يسلمها إلى المالك عند طابعه ، كان للمالك مطالبة الوديع الثاني مباشرة ولو لم يكن طرفاً في عقد الوديعة الثاني . كذلك إذا أودع المستعير الشيء المعار عند شخص ثالث على أن يرده إلى مالكه ، كان لهذا الأخير مطالبة المودع لديه برد الشيء المعار ولو لم يكن طرفاً في العقد .

٤ — اشتراط التعاقد لمصلحة الغير في عقد المهر ، بأن يشترط شخص على آخر أن يعطى مهراً لشخص ثالث ، فلمنتفع بمطالبة التمتع بالمهر .

٥ — إذا باع الدائن المرتهن رهناً حيازياً العين لاستيفاء دينه منها ، واشترط على المشتري رد العين إلى الراهن إذا رد هذا الثمن إليه ، فللراهن أن يستفيد من هذا الشرط ومطالبة المشتري برد العين إليه متى رد إليه الثمن .

٤٣٠ — **التعهد عن الغير** (promesse pour autrui) : من البديهي أن الانسان يتعاقد عن نفسه وليس له أن يتعاقد عن غيره إلا برضاء ذلك الغير أعني بطريق الوكالة ، فإذا تعهد شخص عن غيره كان هذا التعهد باطلاً سواء بالنسبة للتعهد نفسه (promettant) إذ لم يلتزم شخصاً في العقد ، أو بالنسبة للغير (tiers) الحاصل للتعهد عنه لكونه أجنبياً عن العقد .

٤٣١ — **استثناءات من القاعدة المقررة** : غير أنه وجد لهذه القاعدة استثناءات كما في الاشتراط لمصلحة الغير

(١) **بالنسبة للمتعهد نفسه** : إذا تعهد المدين بحمل الغير على القيام بالالتزام كان هذا التعهد صحيحاً فعلاً لتضمنه فعلاً شخصياً من جانب التمتع ، وهو الحصول على رضا الغير بالتعهد . ويقال لهذا الاتفاق بمقد الاستيثاق (promesse de porie - fort) ، وللدائن في الصورة التقدمة دعوى مباشرة بالتعويض قبل التمتع في حالة عدم قيام الغير بالوفاء .

٢ — كذلك يصبح ملزماً شخصياً إذا التزم بدفع مبلغ من النقود على سبيل الجزاء في حالة عدم قيام الغير بالوفاء (promissio poenae). فلمشترط (stipulant) مطالبة التمهيد (promettant) بالشرط الجزائي إذا لم يحم بالوفاء بالتمهيد .

(ب) بالنسبة للغير المحاصل التمهيد عنه : وهو لا يلزم أصلاً بالتمهيد الذي لم يكن طرفاً فيه إلا في أحوال محصورة وترجع كلها إلى تمهيدات يفرضها المورث على ورثته . فقد أجاز القانون الروماني منذ العهد العلمي أن يتمه شخص لما بعد وفاته ، كأن يتمه عن نفسه وعن ورثته . كذلك أجاز جوستينيان أن يتمه الشخص لما بعد وفاته أو أن يتمه عن وارثه .

### § ٤ — السبب (La Cause)

٤٣٢ — المعاني المختلفة لكلمة السبب (cause) : لكلمة السبب معان مختلفة في القانون الروماني فقد تفيد :

١ — الأساس أو السند القانوني (fondement juridique) الذي يستند إليه العقد أو بعبارة أخرى مصدر الحق ويقال للسبب بهذا المعنى بالسبب الانشائي (cause efficiente) أو السبب القانوني (causa civilis) .

٢ — الباعث (le motif) الذي حمل العاقد على التعاقد (causa impulsiva) وهو يختلف باختلاف ظروف كل عقد فشخص يبيع ماله لاحتياجه إلى النقود وآخر لرغبته في استبداله بغيره الخ .

٣ — السبب الذي أوجب الالتزام أو الغاية القانونية المباشرة التي يرمي العاقد الوصول إليها من وراء التزامه والتي حملته على التعاقد . فشخص يتمه شفوياً (spondeo) بأن يدفع لآخر مبلغاً من النقود بقصد القرض (credendi causa) أو بقصد التبرع (donandi causa) أو بقصد الوفاء بدين سابق (solvendi causa) . ويقال للسبب بهذا المعنى السبب القصدى (cause finale)

٤٣٣ — أهمية السبب بعنايه المختلفه في باب العقود : ١ — السبب بمعنى المصدر (cause efficiente) : لا يشترط وجود سبب بهذا المعنى في العقود الرضائية إذ أنها تتم بتوافر العناصر الثلاثة السابق الكلام عليها وهي الاتفاق والأهلية والموضوع . بخلاف العقود الرسمية فيشترط لانعقادها ، عدا العناصر الثلاثة المتقدمة ، توافر سبب (cause) تستند اليه هو المنيء لها . وهذا السبب هو الكتابة في العقود الكتابية والعبارات الشفوية في العقود الشفوية . كذلك يشترط في العقود العينية والعقود اللاسمية أن يكون لها سبب وقد يكون كما رأينا تسليم شيء (res) أو القيام بعمل (factum)

٢ — السبب بمعنى الباعث (le motif) : لا يؤثر الباعث على صحة العقود تبعاً للقاعدة المشهورة (falsa causa non nocet)

٣ — السبب القصدي (la cause finale) : والسبب بهذا المعنى ، أى الغاية المباشرة (but) التى من أجلها تمهد الدين ، شرط لصحة العقود والتمهيدات فى القانون الفرنسى والقانون المصرى ( ٩٤ مدنى أهلى — ١٤٨ مدنى مختلط و١١٣١ مدنى فرنسى وما بعدها )

والمطلوب معرفته هو إلى أى حد وفى أى العقود عرف الرومان فكرة السببية بالمعنى الأخير وكشروط أساسى لصحة العقود والتمهيدات ؟  
للجواب على هذا السؤال يجب علينا التفريق بين العقود الرسمية والعقود الغير رسمية .

## ١ — فى العقود التبادلية والعينية

٤٣٤ — انتفاء فكرة السببية فى العقود التبادلية : تظهر فكرة السببية بوضوح فى الوقت الحاضر فى العقود التبادلية ، حيث يعتبر التزام كل من الطرفين سبباً لالتزام الطرف الآخر فسبب التزام البائع بنقل الملكية هو التزام المشتري بدفع الثمن .

وهذا بخلاف الحال في روما ، فان فكرة السببية لم تظهر في العقود التبادلية ولا في العقود غير المسماة ولو أن الشراح الأقدمين للقانون الفرنسى ، وبالأخص دومات (Domat) ، قد استندوا إلى أحد النصوص الخاصة بالعقود الاسمية في تشييد نظرية السبب التى نقلت إلى القانون الفرنسى ومنه إلى القانون المصرى . ذلك أن النص المذكور (Dig 2,14,7,2) اشترط توافر السبب (cause) لانعقاد العقود غير المسماة . إلا أنه قصد به أمر آخر ، هو قيام أحد الطرفين بتنفيذ الاتفاق من جانبه ، سواء بتسليم شيء (res) أو بعمل شيء (factum) ، وهو السبب بمعنى مصدر الالتزام أى السبب المنشئ للالتزام (cause efficiente) لا الدافع الذى أوجب التعاقد (cause finale)

٤٣٥ - **في العقود العينية** : وسبب الالتزام في هذه العقود طبقاً للقانون الحاضر هو تسليم الشيء موضوع التمهيد . فسبب التزام المقرض في عقد القرض مثلاً هو قبضه الشيء المقرض .

وقد رأينا أن الرومان كانوا يرون في هذا التسليم السبب المنشئ للالتزام (cause efficiente) أى مصدر الالتزام ، إذ التسليم شرط لانعقاد عقد القرض وبدونه لا ينعقد .

## ٢ - في العقود الرسمية

٤٣٦ - **ظهور فكرة السببية (cause finale) في عقد الاشتراط** : لم تظهر فكرة السببية كما نفهمها الآن إلا في العقود الرسمية وخاصة في عقد الاشتراط (stipulation) . ذلك أن عقد الاشتراط وهو عقد رسمى كان عقداً مجرداً (un contrat abstrait) أى صحيحاً ولو لم يتحقق القرض (but) الذى تم من أجله . فمثلاً إذا تمهد شخص شفويًا بأن يدفع إلى آخر مبلغ ١٠٠٠٠ سترس بموجب عقد اشتراط وذلك في مقابل حصوله على هذا المبلغ على سبيل القرض ، فإنه يلتزم بدفعه إلى التمهيد له ولو لم يحصل منه فعلاً على مبلغ القرض . إذ ينشأ التزامه بمجرد

تلفظه بعبارة أتمهد (spondeo) . غير أن البريتور رأى لزوم التدخل لصد هذا الظلم عن المتهمد ، فأجاز له في حالة مطالبة المشرط (stipulant) له بالوفاء دفع دعوى هذا الأخير بدفع النقص (exceptio doli mali) . ومعنى ذلك أن التمهّد الشفوي (stipulation) بسبب القرض لا يكون صحيحاً طبقاً للقانون البريتوري إلا إذا كان المبلغ المقرض قد دفع بالفعل إلى المقرض ، أو بعبارة أخرى يجب لصحته أن يكون مبنيًا على سبب صحيح بالمعنى الذي نفهمه في الوقت الحاضر . غير أن الفقهاء (les prudents) لم يكتفوا بذلك بل سمحوا للمتهمد الذي لم يقبض مبلغ القرض بأن لا ينتظر مطالبة الدائن له بالوفاء وأن يسبق دعوى الدائن بدعوى (condictio) من جانبه يطالب دائنه فيها بإبراء ذمته من الدين الزعوم .

إلا أنه في الحالتين المتقدمتين ، أى سواء استعمل الدين طريق الدفع (exceptio) أو الدعوى (condictio) ، فقد كان عليه طبقاً للقواعد العامة أن يقيم الدليل على عدم قبضه الدين ، وهو عبء ثقيل على الدين إذ يقوم الإثبات على واقعة سلبية وإثبات النفي عسير إن لم يكن مستحيلاً .

لذلك رأى في عصر الأباطورية منذ عهد الإمبراطور كاراكالا (٢١٥ ميلادية) أن يرفع حمل الإثبات عن الدين وأنه بمجرد إنكاره قبض المبلغ كله أو بعضه (querela non numeratae pecuniae) سواء بصورة دفع أو دعوى يجب على الدائن أن يثبت بطرق أخرى غير السند أو الكتابة التي في يده أن الدين قبض المبلغ فعلاً والا سقط دينه .

وقد حدد لاستعمال طريق المنازعة في قبض الدين ميعاد من تاريخ العقد بحيث إذا لم يتمسك به الدين في خلاله اعتبر سكوته اعترافاً قاطعاً بالدين لا يمكن نقضه بأي دليل بعد ذلك وقد كان هذا الميعاد خمس سنوات قبل جوستينيان وستين في عهده .

وقد أدخل جوستينيان على نظام المنازعة في قبض مبلغ القرض تعديلات كثيرة عدا انحصار منها بالميعاد أهمها ما يأتي : ١ — جعل جزاء الدين إذا فشل فيما

يدعيه أن يدفع ضعف الدين . ٢ - توسع في تطبيقه فبعد أن كان قاصراً على قرض النقود صار شاملاً للقروض الأخرى التي يكون موضوعها شيئاً مثلياً . ٣ - جمل للدائن الذي حرر لدينه مخالصة بدينه قبل الوفاء فعلا بالدين الطمن في المخالصة في خلال شهر من تحريرها (querela non numeratae solutionis)

### عقد البيع (Emptio-venditio)

٤٣٧ - تعريف : يمكن تعريف البيع بأنه عقد بمقتضاه يتعهد أحد الطرفين وهو البائع (venditor) بأن ينقل إلى الطرف الآخر وهو المشتري (emptor) وضع اليد الهادئ المستمر على شيء يسمى المبيع (merx) في مقابل تعهد هذا الأخير أي المشتري بدفع مبلغ من النقود يسمى الثمن (pretium) . وهو عقد رضائي يتم بالتراضي ، وتبادلي كامل ، ومن عقود حسن النية حيث يترتب على الاتفاق التزامات من جانب كل من الطرفين ، ولكن لا يترتب عليه ، وهذا مهم ، نقل الملكية إلى المشتري .

وسندرس شروط انعقاده وآثاره ، ولكن نجد من الفائدة البدء بدراسة تاريخ ظهور عقد البيع الرضائي .

### المبحث الأول

#### في تاريخ عقد البيع الروماني

من الثابت انقرر أن البيع كان معروفاً منذ نشأة روما ، وهو البيع بثمن معجل (vente au comptant) وكان يتم بطريق الاشهاد (vente-mancipation) حيث كان ينقل شخص إلى آخر ملكية شيء من الأشياء في مقابل مقدار معين من معدن ما (النحاس) يصير وزنه فعلاً . إنما لم يكن هذا طريقة التعامل الأولى ، إذ قد سبق هذه الصورة من البيع صورة أخرى للمبادلة هي المقايضة (troc) ،

وذلك قبل أن تنشأ عملة يصير تقدير قيمة الأشياء بالنسبة إليها . كذا كان البيع قديماً يبعاً معجلاً ينتج آثاره في الحال فتنتقل الملكية إلى المشتري ويدفع فيه الثمن حالاً إلى البائع . فلا تنشأ عنه التزامات ما على أحد الطرفين ماعدا الالتزامات التي قد تنشأ من جانب الناقل فيما بعد ، لا عن العقد بل بناء على الجريعة ، كما إذا ظهر بعد البيع أن البائع باع ملك غيره فيسأل عن ذلك بدعوى الضمان (actio auctoritatis) ، أو باع أقل من المساحة المذكورة في الاشهاد فيسأل بدعوى العجز في المساحة (actio de modo agri) .

على أنه قد يتفق الطرفان على تأجيل آثار البيع كليهما أو بعضها ، فقد يتفق في البيع على أن البائع ينقل الملكية في الحال إلى المشتري مع تأجيل دفع الثمن ، أو أن يلتزم كل منهما فقط في العقد : البائع يتعهد بتقديم شيء والمشتري يتعهد بدفع الثمن ، أو بعبارة أخرى قد يقصد المتعاقدان بيعاً منشئاً لالتزامات فقط لا بيعاً ناقلاً للملكية . ويرى بعض الشراح أن هذا الاتفاق ( أى الاتفاق على بيع منشئ\* لالتزامات فقط ) كان ممكناً في كل الأزمان وأن التراخي على البيع والشراء كان يلزم الطرفين بذاته منذ القانون القديم ومنذ عهد الألواح الاثني عشر . إلا أن هذا الرأي مرجوح ، لأن كل النصوص الوضعية التي لدينا والتي ترجع إلى عهد القانون القديم وبالأخص قانون الألواح الاثني عشر تعبر عن عقد البيع دائماً بما يفيد أنه عقد ناقل للملكية لا منشئ\* لالتزامات فقط .

على أنه من الثابت المقرر أن البيع في العصر العلمي كان بيعاً مؤجلاً أى لا ينقل الملكية في الحال إلى المشتري ولا يدفع فيه الثمن فوراً بل هو منشئ\* فقط لالتزامات من جانب كل من المتعاقدين فهو عبارة عن مبادلة لتعهدات (échange de prestations)

نخلص مما تقدم أن البيع كان في الأصل بيعاً معجلاً يؤدي فوراً وفي الحال إلى نقل الملكية ويدفع فيه الثمن حالاً وكان يتم ذلك في وقت واحد وبعملية واحدة هي الاشهاد أو التسليم ، ثم صار في العصر العلمي يتم بالاتفاق ولكن



لا يترتب عليه سوى التزامات من جانب كل الطرفين . أما نقل الملكية فيكون بمد ذلك عند تنفيذ التعهدات الناشئة عن عقد البيع . أي أن البيع في العصر الملى كان يتم أثره في وقتين الاتفاق أولا ويتمه نقل الملكية .

ولكن لنا أن نتساءل كيف حدث هذا التطور أو بعبارة أخرى كيف صار البيع عقدا مؤجلا منشأ لالتزامات فقط بمد أن كان عقدا ناقلا للملكية بالاشهاد أو التسليم ؟

اختلف الشراح في الجواب على هذا السؤال لعدم وجود نصوص في الموضوع وذهبوا في ذلك مذاهب أربعة :

١ - فالذهب الأول ، ويقول به (Vincent) و (Huvelin) و (Pernice) ، يرى أن عقد البيع كان يتم في القديم بتسليم البائع المبيع إلى المشتري وكان ينشأ عن هذا التسليم التزام المشتري بدفع الثمن . أي أن عقد البيع كان عقدا عينيا (contrat réel) يتمدد بتسليم العين البيعة ، فكان البيع والحالة هذه يشبه البديل من حيث أنه عملية تتم باعطاء شيء في مقابل إعطاء شيء (do ut des)

٢ - ويرى المذهب الثاني ، ويدافع عنه (Girard) ، أن البيع قبل أن يصبح عقدا رضائيا كان يتم بالاتجاء إلى تلك الأداة العامة التي كانت تستخدم لجعل الاتفاقات ملزمة للمتعاقدين أي إلى العقد الشفوي . فكان يتم بمقدين شفويين يصبح المشتري بمقتضى أحدهما دائنا بالمبيع ، ويصبح البائع بمقتضى العقد الآخر دائنا بالثمن .

ويستند أنصار هذا المذهب لتأييد رأيهم إلى القواعد العامة للبيع وخصوصا ما كان منها متعلقا بنظرية خطر الهلاك أو بحمل التبعة ، وما كان منها متعلقا بالضمان كما سنرى ذلك عند الكلام على آثار عقد البيع . ويرون أن مما يؤيد رأيهم أيضا اسم عقد البيع ذاته ، فهو يتكون من عبارتين (emptio-venditio) الشراء والبيع ، وهذا دليل في نظرهم على أن عقد البيع كان يتم في القديم بواسطة عقدين أحدهما بالشراء والآخر بالمبيع .

٣ - ويرى المذهب الثالث ، ويدافع عنه (Cuq) ، أن تسمية عقد البيع (emptio-venditio) لا تفيد حصوله في الأصل بعقدين أحدهما الشراء والآخر البيع . ويرى أن عقد البيع منذ الأصل كان يتم بعقد واحد وأنه اقتبس من النظام الذى كانت تتبعه الحكومة في بيع أموالها للأفراد ، أى أن أصل عقد البيع الرضائى التابع للقانون الخاص هو عقد البيع الادارى التابع للقانون العام .

هذا رأى يساعدنا على تفسير كثير من أحكام عقد البيع الرومانى . فهو يفسر لنا اشتراط أن يكون الثمن مبلغا من النقود ، لأن الدولة تحضر ميزانيتها وتقدر الإيرادات والمصروفات بالنقود فكانت لا تبيع إلا فى مقابل ثمن نقدى . كذلك يبرر هذا الرأى قاعدة أن الهلاك على المشتري (res perit emptori) فالدولة وهى الطرف القوى فى العقد كانت لا تقبل تحمل تبعه الهلاك قبل التسليم .

وأخيراً يفسر لنا هذا الرأى طبيعة عقد البيع الرومانى من أنه عقد لا يلزم فيه البائع بنقل الملكية (dare) وإنما بنقل وضع اليد الهادى المستمر (vacuam possessionem tradere) بمعنى أن البائع كان يتعهد فقط بتمكن المشتري من التمتع بوضع اليد على المبيع دون أن ينازعه أحد فى وضع يده . ذلك أن الدولة لا تريد أن تحمل نفسها مسئولية استحقاق المبيع للفير فى حالة ظهور أن المبيع غير مملوك لها . فكانت لا تلزم قبل مشترئها بأكثر من تمكنه من وضع اليد على المبيع بصفة هادئة ومستمرة .

٤ - ويرى المذهب الرابع ، ويقول به (Collinet) . أن عقد البيع الرضائى إنما نشأ من المعاملات التجارية بين الأجانب وخاصة الأغريق والرومان ، فهو عقد نشأ فى الأصل فى العلاقات التابعة لقانون الشعوب ، ثم نقل إلى القانون الرومانى البحث لسهولة أحكامه وخلوه من الاجراءات الشكلية .

ويساعدنا هذا الرأى على فهم خصائص عقد البيع كلها من أنه عقد رضائى خلو من الاجراءات الشكلية ، ومن أنه عقد من عقود حسن النية إذ التجارة تستدعى السرعة فى الاجراءات وتستلزم حسن النية والشرف فى المعاملة . كما يفسر لنا أحكام

عقد البيع كلها ، فهو يفسر لنا اشتراط أن يكون الثمن مبلغا من النقود لأن هذه العقود لما كانت تقع بين التاجر الأجنبي وهو عادة تاجر بالجملة وبين التاجر الرومانى وهو تاجر بالتجزئة كان الأول يشترط دفع ثمن بضائمه بالنقود حتى يتمكن من تجديد بضاعته . ويفسر لنا أيضاً قاعدة أن هلاك المبيع يتحملة المشتري وأن التزام البائع عبارة عن التزام بنقل وضع اليد لا بنقل الملكية لأن البائع كان الطرف القوى في العقد إذ المشتري وهو تاجر صغير كان محتاجا للبضائع التى يأتى بها التاجر الأجنبي من بلاده .

٤٣٨ — تاريخ عقد البيع الرضائى : وقد اختلف الشراح في تحديد تاريخ

ظهور عقد البيع الرضائى المؤيد بدعوى من دعاوى حسن النية .  
فيرى جيرار ، ومعه في ذلك أغلبية الشراح ، أن الدعاوى المؤيدة لعقد البيع ككل دعاوى حسن النية لم تنشأ إلا بعد صدور قانون ايوتيا وهو ذلك القانون الذى أدخل نظام المرافعات الكتابية أو نظام البرنامج . ويحدد جيرار صدور هذا القانون ما بين سنتي ٦٠٥ و ٦٢٨ لروما أو بين ١٤٩ و ١٢٦ قبل الميلاد .  
ويرى بعض الشراح الآخرين ومنهم ( Cuq ) أن عقد البيع الرضائى كان معروفا منذ نهاية القرن السادس لروما بدليل ذكره في كثير من روايات الشاعر الرومانى المشهور ( Plaute ) وفي كتاب ( Caton ) في الاقتصاد الزراعى ( De re rustica ) وفي أحد النصوص الموجودة بالمسوعات ( Dig 19,1, de A.E.V. 38, 1 ) النسوب إلى أحد حكام القرن السادس ( Aelius ) ( وقد حكم في سنة ٥٥٦ لروما ) وعلى أى حال فن المسلم به أن عقد البيع كمقد رضائى من عقود حسن النية كان موجوداً منذ النصف الأول للقرن السابع لروما أى حوالى ١٠٠ سنة قبل الميلاد .

٤٣٩ — البيع ونقل الملكية : فالبيع كما انتهى إليه في بدء القرن السابع لروما كان منشأً لالتزامات فقط ، فهو لا ينقل الملكية كما هو الحال في القانون المصرى ( بالنسبة للمقول ) ، بل لا يلتزم فيه البائع بنقل الملكية ، إذ التزام البائع

ليس إلزاماً بأعطاء شيء (dare) وإنما إلزاماً بعمل (praestare) هو نقل وضع اليد الهادى المستمر (vacuam possessionem tradere) . وهكذا كان البائع فى روما لا يلزم بنقل الملكية بل بنقل وضع اليد فقط .

ولا يمكن تفسير هذا الشذوذ إلا بالرجوع إلى تاريخ الملكية عند الرومان . ذلك أنه كان للملكية فى القرن السابع لروما صور شتى ، فكان يوجد بجانب الملكية الرومانية (dominium ex jure quiritium) الملكية الأجنبية والملكية الإقليمية والملكية البريتورية ، هذا وعقد البيع عقد من العقود التابعة لقانون الشعوب (jus gentium) ومن أهم العقود اللازمة للتجارة ، فكان لابد من أن يكون البيع ممكناً بالنسبة لجميع الأشخاص بما فيهم الأجانب وشاملاً لجميع الأشياء الرومانية منها والأقليمية . لذلك كان لا يلزم عقد البيع البائع بنقل الملكية الرومانية .

بل أنه بالرغم من منح الرعية الرومانية تدريجياً لجميع سكان الإمبراطورية الرومانية ابتداء من عهد الإمبراطور كاراكلا ، وبالرغم من زوال التفرقة بين الأراضى الرومانية والإيطالية والأقليمية ، فقد بقى عقد البيع غير منشئ لالتزام بأعطاء شيء . ذلك أن عقد البيع بأحكامه المتقدمة كانت له مزايا عملية فكان لا يتحمل البائع مشقة إثبات ملكيته كلما ادعى المشتري أن المبيع غير مملوك للبائع هذا من جهة ومن جهة أخرى كان يجوز بيع ملك الغير .

وهذا بخلاف الحال فى القانون المدنى الحاضر فإن البيع كقاعدة عامة ناقل للملكية بمجرد الاتفاق ولذا كان بيع ملك الغير باطلا (مادة ٢٦٤ مدنى أهلى و ٣٣٣ مدنى مختلط و ١٥٩٩ مدنى فرنسى) .

## المبحث الثانى

### فى العناصر المكونة لعقد البيع

يتكون عقد البيع من عناصر ثلاثة إذا غاب أحدها لا يتعقد البيع . وهذه العناصر هى : (١) المبيع (res) أو (merx) (٢) الثمن (pretium) (٣) الاتفاق (consensus) وهو اتفاق البائع والمشتري على البيع والثمن .

٤٤٠ - ١ . المبيع : يشترط في المبيع ما يشترط في موضوع التهميدات بصفة عامة . فيجب أن يكون محل التزام البائع ممكنا ماديا فلا يجوز بيع شيء هالك ، وأن يكون ممكنا قانونا بأن يكون من الأشياء الداخلة في دائرة التعامل فلا يجوز بيع شيء من الأشياء الدينية أو المقدسة أو العامة الخ . وأن يكون فيه فائدة للمشتري فلا يصح أن يباع إليه ملكه وبمباراة عامة يجب مراعاة القواعد العامة . وفيما عدا ذلك فالمبيع قد يختلف باختلاف الأحوال فقد يكون موجودا بالفعل أو مما يوجد في المستقبل كالحصول الزراعى ، وقد يكون مملوكا للبائع أو لغيره كما رأينا من أن يبيع ملك الغير جائر في القانون الرومانى ، والمشتري لحماية حقه دفع الشيء المبيع والمسلم ودعوى الملكية البريتورية . وقد يكون شيئا ماديا كعبد أو عقار أو شيئا معنويا كحق ارتفاق أو دين أو نصيب في شركة فتحت بالفعل أما بيع الوارث لحقه في الارث قبل وفاة المورث فباطل لا أثر له إلا إذا أجازته المورث .

٤٤١ - ٢ . الثمن : يشترط في الثمن (١) أن يكون مبلغاً من النقود (*numerae pecuniae*) . وقد اختلف الشراح في العصر العلمى في وجوب هذا الشرط من عدمه . فبرى أنصار المذهب السابيني (*Sabinians*) جواز أن يكون الثمن من غير النقود . ويرى البروكليان (*Proculians*) وجوب أن يكون الثمن من النقود وإلا كان العقد بدلا وهو الرأى الراجح والذي أخذ به جايوس ومن بعده جوستينيان (٢) وأن يكون معينا (*certum*) أو على الأقل قابلا للتميين ، كأن يبين في العقد طريقة تعيينه مثل ذلك أن يتفق المتعاقدان على ترك تقدير الثمن إلى خبير يمين في العقد (٣) أن يكون حقيقيا (*verum*) لا سوريا وإلا كان العقد هبة ولزم أن يستوفى شروط الهبة (٤) وأخيراً يجب في الثمن منذ العصر البيزنطى أن يكون عادلا (*justum*) أى متناسبا مع القيمة الحقيقية للمبيع . ولم يكن هذا الشرط موجودا في العصر العلمى وإنما تقرر في عصر الأمبراطورية البيزنطية . ويرجمه جوستينيان إلى عهد الأمبراطور دقلديانوس . فإذا كان الثمن أقل من نصف قيمة المبيع الحقيقية جاز للبائع أن يرد الثمن ويسترد المبيع إلا إذا قبل المشتري تكلمة الثمن إلى النصف .

٢٤٢ — ٣. الاتفاق : وهو وحده كاف لانعقاد البيع . فيتعقد البيع باتفاق الطرفين على المبيع والتمن بدون حاجة إلى إجراءات شكلية أو إلى دفع الثمن ، بل هو ملزم لها بمجرد الرضا ولا يمكن لأحدهما الرجوع فيه بعد ذلك إلا في حالتين : (الأولى) إذا اتفق الطرفان على تحرير العقد بالكتابة (vente cum scriptura) فلا يتم البيع إلا بتمام الكتابة وإمضاء المتعاقدين عليها . فحتى هذا الوقت يجوز لكل من الطرفين الرجوع في العقد دون أن يلزم بتعويض ما قبل الطرف الآخر . (الثانية) إذا اتفق الطرفان على عربون (arrhes) يدفعه أحد الطرفين للآخر . والعربون عادة مبلغ من النقود يدفعه أحد المتعاقدين إلى الآخر ، وقد يكون عرضاً من المروض يتكاثم في حالة الخطبة . وللعربون وظائف ثلاثة في العقد تجعل مراكز المتعاقدين مختلفاً باختلاف الوظيفة التي قصدت منه :

١ — فقد يكون جزءاً من الثمن يدفع مقدماً (acompte sur le prix) ، وهو ما يكون عادة في حالة ما إذا كان مبلغ العربون المدفوع كبيراً ، وفي هذه الحالة يعتبر العقد تاماً ، بل قد تنفذ جزئياً ، ولا سبيل إلى العدول عنه من أحد الطرفين .

٢ — وإما أن يقصده ، ولو كان ضئيلاً ، الدلالة على تمام العقد وانتهاء دور المحادثات أو المفاوضات التمهيدية للعقد . وفي هذه الحالة كذلك لا يصح العدول عن البيع ، ولا يمكن لأى طرف أن يتخلص بآرادته وحدها من العقد . وقد كانت هذه الوظيفة الوظيفية العادية التي يؤديها العربون في العقود الرومانية .

٣ — وإما أن يكون وسيلة للرجوع في العقد (moyen de dédit) وحينئذ لا يكون العقد نهائياً . فيجوز للمشتري العدول عن الشراء بالتنازل إلى البائع عن مبلغ العربون الذي دفعه إليه ، ويجوز للبائع العدول عن البيع برد مبلغ العربون الذي قبضه إلى المشتري ومعه ما يوازي قيمته .

وقد استمد جوستنيان هذا الحكم الأخير من التقاليد اليونانية .

## المبحث الثالث

### في آثار عقد البيع

٦ آثار عقد البيع كثيرة ، ويستعمل الشراح لتسهيل دراستها تقسيماً غير روماني قال به شراح القانون الروماني في القرون الوسطى . ويقتضى هذا التقسيم التمييز بين الآثار الجوهرية (les essentialia) أو (les effets essentiels) ، والآثار الطبيعية (les effets naturels) أو (les naturalia) ، والآثار العرضية أو الثانوية للمقد (les effets accidentels) أو (les accidentalia) . وسنبداً بدراسة النوع الأول منها ، أي الآثار الجوهرية لعقد البيع ، وهي التي تنشأ حتماً في كل البيوع ، والتي بدونها لا يتعقد البيع أصلاً . هذه الآثار يترتب بمضها في ذمة المشتري والبعض الآخر في ذمة البائع وتنحصر في :

١ - التزام المشتري بدفع الثمن .

٢ - والتزام البائع بالمحافظة على المبيع وتسليمه ؛ ويجب تنفيذ الالتزامات المتقدمة جميعاً بحسن نية مع استبعاد كل غش أو سوء نية .

وتضمن دعوى البيع (actio venditi) أو (actio ex vendito) تنفيذ التزام المشتري بدفع الثمن وتضمن دعوى الشراء (actio ex empto) أو (actio empti) تنفيذ التزام البائع بتسليم المبيع . وسندرس هذه الالتزامات بالترتيب المتقدم مع شرح نظريتي تحمل التبعة (la théorie des risques) ونقل الملكية في عقد البيع .

### § ١ - التزام المشتري بدفع الثمن

٤٤٣ - التزام المشتري برفع الثمن والمخاطر : يجب على المشتري دفع الثمن (dare pretium) ، وهو التزامه بنقل ملكية قطع من النقود المدودة في مقابل الشيء المباع .

وقد تنشأ التزامات أخرى على المشتري بجانب التزامه بدفع الثمن :

- (أ) فقد يلزم بدفع مصاريف حفظ المبيع إذا تأخر عن تسلمه .
- (ب) وإذا تأخر المشتري عن دفع الثمن وجب عليه فوق الثمن أن يدفع فوائد من وقت التسليم وذلك بمجرد حلول ميعاد استحقاق الدفع وبدون حاجة إلى تنبيه عليه أو إنذاره بالوفاء .

٤٤٤ - ميعاد الدفع : متى يجب على المشتري دفع الثمن ؟ يجب على المشتري أن يدفع الثمن في الميعاد المتفق عليه في العقد ، فإذا لم يحدد في العقد أجل معين كان الدفع وقت التسليم .

على أن للمشتري أن يمتنع عن دفع الثمن سواء حل أجل الوفاء أو لم يحل :

- ١ - إذا امتنع البائع عن تسليم المبيع إليه .
- ٢ - إذا باعه مالا يملك بسوء نية وكان المشتري حسن النية .
- ٣ - إذا تعرض له شخص ثالث في وضع يده .
- ٤ - إذا رفعت عليه دعوى بالنازعة في ملكية المبيع ، كما إذا رفعت عليه دعوى استرداد من الغير ، فلمشتري أن لا يدفع الثمن حتى يفصل في النزاع على الملكية ، إلا إذا قدم له البائع تأميناً برد الثمن إليه فيما إذا حكم لمصلحة المسترد .

## § ٢ - التزام البائع بالمحافظة على المبيع حتى التسليم

هذا الالتزام مترتب على الالتزام بالتسليم إذ يجب على البائع أن يحافظ على المبيع حتى يتمكن من تسليمه وإعنا درسنا هذا الالتزام قبل الالتزام بالتسليم لوجوبه قبل التسليم .

يجب على البائع المحافظة على المبيع ، فإذا هلك المبيع بخطأه كان مسئولاً عن هذا الهلاك . ولكن ماهو الضابط في تقدير مسؤوليته ؟ يجب على البائع كقاعدة عامة أن



يعنى بالمال المبيع عناية رب الأسرة حسن الادارة بأمواله ، فهو مسئول عن قيمته إذا هلك بخطأ أو إهمال لا يصدر عادة من رب الأسرة المذكور في إدارة شئونه . على أن للمتعاقدین الاتفاق على تخفيف مسؤولية البائع أو تشديدها . فلهما أن يتفقا على أن البائع لا يسأل عن خطأه أو إهماله بل يسأل عن غشه فقط . ولهما أن يتفقا على أنه يسأل عن هلاك الشيء المبيع ولو كان ناشئاً عن حادث جبرى . ويسأل البائع عن الحوادث الجبرية في حالة أخرى ، وهى حالة ما إذا وضع في موطن التأخير بأن يكون المشتري قد طالبه بالتسليم وتأخر عن التسليم بعد ذلك فهلك المبيع فانه يسأل عن هذا الهلاك ولو نشأ عن حادث جبرى .

أما فيما عدا ذلك ، أى في غير الحالتين المذكورتين ( الاتفاق والتأخير ) ، فلا يسأل البائع إلا عن خطأه الخفيف (culpa levis) . فإذا هلك الشيء المبيع قبل تسليمه بقوة قاهرة كترع ملكية الأرض المصلحة العامة ، أو بحادثة طبيعية كاحترق المنزل بصاعقة أو موت الرقيق ، أو بفعل الغير كفقد الحيوان المبيع بسرقة الغير له ، فإن البائع يبرأ من إلتزامه ولا يلزم بأكثر من تسليم بقايا المبيع إلى المشتري ، سواء كانت هذه البقايا مادية كاتقاض المنزل المحترق أو بقايا قانونية كحق التعويض في زرع الملكية أو الدعوى الجنائية على من أهلك المال المبيع مجرمته .

٤٤٥ — فاعرة أنه الهلاك على المشتري (res perit emptori) :  
ولكن لنا أن نساءل عما إذا كان المشتري ، وقد برئت ذمة البائع من تنفيذ الإلتزام ، تبرأ ذمته هو الآخر من إلتزامه بدفع الثمن أم يبقى مع ذلك ملزماً بالدفع ؟ أو بعبارة أخرى من يتحمل تبعة هلاك المبيع ؟ فإذا قلنا ببراءة ذمة المشتري كانت كانت تبعة الهلاك على البائع وإذا قلنا بالعكس كانت تبعة الهلاك على المشتري . تقضى القاعدة المقررة في قانون جوستينيان باعتبار المشتري في الحالة المتقدمة ملزماً بدفع الثمن ومن باب أولى غير محق في استرداده إن كان قد دفعه ، ومعنى ذلك أن المشتري يتحمل تبعة هلاك المبيع قبل استلامه ، وهو ما يعبرون عنه بقولهم إن البيع يهلك على المشتري (res perit emptori) .

٤٤٦ — **نقد هذه القاعدة وتبريرها تاريخيا :** يتفق أكثر الباحثين

في القانون الروماني على أن هذه القاعدة ظالمة بالنسبة للمشتري ، وتنافي مبادئ القانون في عقود حسن النية . فهي تنافي العدالة لأنها تلتقي الخسارة على المشتري في عقد لم ينفذ بالنسبة له وبجمل المكسب للبائع دون أن يقوم بالوفاء بهمه . وهي تنافي مبادئ القانون في عقود حسن النية ، لأن التزام كل من الطرفين مرتبط بالتزام الطرف الآخر ويعتبر كل منهما سببا للآخر ، فإذا سقط التزام أحدهما وجب زوال التزام الآخر . وأخيرا فقد خالف القانون بشأنها ما قرره في العقود التبادلية الكاملة كالاجارة والبدل وفي العقود التبادلية الناقصة كالوديعة وعارية الاستعمال من جمل خطر الهلاك على المالك ، وهو ما يعبرون عنه بقولهم (res perit domino) . ذلك أن البائع قبل التسليم هو المالك للمبيع ، فكان يجب طبقا للقاعدة المتقدمة السارية في العقود التبادلية الأخرى جمل تبعة الهلاك على البائع بناء على أن هلاك المالك على ماله .

وقد حاول بعض الشراح تبرير هذه القاعدة من الوجهة القانونية البحتة ، فذهب إلى أنها تطابق نية المتعاقدين أو على الأقل البائع الذي قصد بالمبيع الحصول على شيء لا يهلك وهو النقود بدلا من ملكه ، وهو شيء معين معرض للهلاك . كما أراد بعضهم تبريرها من وجهة العدالة العامة بقوله إن للمشتري في مقابل غرمه بتحمل تبعة هلاك المبيع الاستفادة مما ينشأ في المبيع من الزيادة في القيمة من وقت البيع أي أن الغرم بالغرم .

ويبرر أغلب الشراح تقرير هذه القاعدة في القانون الروماني بالرجوع إلى أصل عقد البيع الرضائي . فيرى جبرار بأنها أثر من آثار ذلك العهد الذي كان يتم فيه البيع بمقدين شفويين ، يتعهد في أحدهما البائع بتسليم المبيع ويتعهد المشتري في الثاني بدفع الثمن ، فالإتمام لكل منهما في الصورة المتقدمة مستقل عن التزام الآخر ، وبالتالي فلا يؤثر سقوط التزام البائع بتسليم المبيع لانعدام موضوعه قضاء وقدرا على التزام المشتري بدفع الثمن .

٤٤٧ — استثناءات منه القاعدة المقررة : على أن لهذه القاعدة « الهلاك على المشتري » استثناءات شتى نذكر أهمها فيما يلي :

١ — إذا كان هناك خطأ من جانب البائع فلا تطبق القاعدة المتقدمة ، كما إذا هلك البيع بقوة قاهرة ترجع إلى فعل البائع أو خطأه كصادرة البيع في جربة ارتكبها .

٢ — إذا كلف البيع مطلقاً على شرط توفيقى وهلك البيع كله قبل تحقق الشرط ، فإن البيع يهلك على مالكه وهو البائع ، إذ يستحيل انعقاد البيع عند تحقق الشرط لانعدام موضوعه . أما إذا كان الهلاك جزئياً فإن البيع ينقسم إلى الجزء الباقي وعلى المشتري دفع الثمن كله ، أى أن القاعدة المتقدمة تبقى سارية المفعول . أو بعبارة أخرى يكون الهلاك الكلى على البائع أما الجزئى فعلى المشتري .

هذا وقد أخذ الشارع الفرنسى بالقاعدة الرومانية في جعل تبعة الهلاك على المشتري ، ولكنه جعل أساسها نقل الملكية إليه بمجرد البيع (*res perit domino*) (مادة ١٣٨ مدنى) . أما القانون المصرى فرغماً من اتباعه المبدأ الفرنسى في نقل الملكية بمجرد الاتفاق . فإنه خالفه في نظرية تحمل التبعة . إذ جعل هلاك البيع قبل تسليمه على البائع ولو أن الملكية قد انتقلت بالبيع ، بحيث تبرأ ذمة المشتري من الثمن (مادة ٢٢٧ مدنى أهلى و ٢٧١ مدنى مختلط) .

### § ٣ — التزام البائع بالتسليم

٤٤٨ — نقل وضع اليد الهادئ : تنص نصوص عديدة على أن الالتزام الأساسى للبائع هو نقل وضع اليد (*vacuam possessionem tradere*) أو (*præstare rem*) . ولكن لا يوجد منها ما يصف التزامه بإعطاء شيء (*rem dare*) وقد رأينا السبب التاريخى لذلك فيما تقدم .

ومعنى ذلك أن للمشتري أن يطالب البائع بتمكينه من وضع اليد على البيع

وضما هادئا مستمرا دون أن يناعه في وضع يده أحد . فيجوز حينئذ للمشتري أن يرجع على البائع بدعوى الشراء (actio ex empto) ويطلبه بالتعويض في كل الأحوال التي يصبح وضع يده مهدداً لتعرض الثير له بطريق الأوامر .

ولكن البائع غير ملزم بنقل الملكية إلى المشتري . فلا يجوز للمشتري الرجوع على البائع بالتعويض لمجرد ظهور أن المبيع غير مملوك له ، وللمجرد أنه مهدد بنزع المبيع من تحت يده فيما لو استرده المالك الحقيقي .

٤٤٩ — **انما يجب على البائع أنه يكونه حسن النية** : ولكن ليس معنى هذا أن نقل الملكية لم يكن مقصوداً في عقد البيع الروماني ، بل إن نقل الملكية كان ، كما في الوقت الحاضر ، هو الفرض الذي يقصد العاقدان إليه ، بدليل أن المشتري من غير المالك يعتبر واضح يد في طريق اكتساب الملكية بمضى المدة وهو ما يستلزم لديه توافر نية اكتساب الملكية (animus domini) ، كما وأنه لا يصح الاتفاق في عقد البيع على أن الملكية لا تنتقل إلى المشتري .

يضاف إلى ما تقدم أن عقد البيع عقد من عقود حسن النية يجب فيه على كل من الطرفين تنفيذ التزاماته طبقاً لما يقتضيه حسن النية ومع استبعاد كل غش من جانبه (purgari omni dolo) . ويترتب على ذلك النتيجةان الآتيتان :

١ — إذا صدر بيع مال الثير من بائع سيء النية ، أي يعلم أنه غير مالك ، إلى مشتر حسن النية ، أي يجهل هذا الظرف ، كان للمشتري أن يرجع على البائع بالتعويض بمقتضى دعوى الشراء (actio empti) بمجرد علمه بذلك وبدون حاجة إلى انتظار استحقاق المبيع من تحت يده ، أي أن يبيع ملك الثير يكون باطلاً في هذه الحالة .

٢ — إذا كان البائع مالكا للمبيع لزمه طبقاً لحسن النية نقل كل الحقوق التي له على المبيع إلى المشتري ووجب عليه أن يحقق الفرض المنشود من البيع وهو جعل المشتري مالكا للمبيع في مقابل الثمن الذي دفعه المشتري إليه .

يترتب على ذلك أن للمشتري إجبار البائع على نقل الملكية بالاشهاد إذا كان البيع من الأشياء النفيسة أو بالتسليم في الأحوال الأخرى .

نخلص مما تقدم أن البائع ملزم بنقل الملكية متى كان مالكا للمبيع بناء على مبدأ حسن النية الذي يجب أن يسود علاقات الطرفين في عقد البيع . فكأن الفارق بين عقد البيع في القانون الروماني وبينه في الوقت الحاضر ينحصر في حالة واحدة وهي حالة بيع شخص لشيء لا يملكه بحسن نية . فبينا يعتبر هذا البيع باطلا في القانون الحاضر لأن البائع ملزماً بنقل الملكية ، فإنه يعتبر صحيحاً في القانون الروماني لأن التزام البائع لم يكن التزاماً بنقل الملكية (dare) وإنما بنقل وضع اليد فقط (praestare)

٤٥٠ — متى يجب على البائع تسليم المبيع : يرى شراح العصر العلمي وجوب قيام الطرفين بتنفيذ التزامهما في وقت واحد . فلبائع أن يمتنع عن التسليم ومن باب أولى نقل الملكية بالاكراه ، إذا لم يدفع إليه المشتري الثمن أو لم يقدم له ضامنه . أو كما يقول شراح القانون الروماني عادة يجوز لسكل من الطرفين التمسك في مواجهة الآخر بدفع عدم تنفيذ المقد (exceptio non adimpleti contractus)

٤٥١ — ولكن متى تنتقل الملكية إلى المشتري : علمنا مما تقدم أن البائع ملزم بنقل الملكية متى كان مالكا للمبيع سواء بإجراء الاشهاد أو التسليم . والآن نريد أن نعرف الوقت الذي تنتقل فيه الملكية إلى المشتري . وتظهر أهمية هذا السؤال في حالة ما إذا كان الثمن لم يدفع بعد .

فإذا تم البيع بطريق الاشهاد فإن الملكية تنتقل على الرأي الراجح بمجرد تمام إجراءات الاشهاد ولو لم يدفع الثمن بالفعل . ولذلك كان الاشهاد يؤجل في الواقع إلى ما بعد دفع الثمن .

أما إذا تم بطريق التسليم فإن التسليم كفاعدة عامة كلف لا ينقل الملكية

إلى المشتري إلا إذا دفع الثمن بالفعل . وفي هذا ضمان قوى للبائع إذ يظل مالكا للببيع طالما لم يتقدمه المشتري الثمن وله استرداده .

على أن لهذه القاعدة استثناءين تنتقل فيهما الملكية بالتسليم قبل دفع الثمن وهما :  
١ — إذا قدم المشتري إلى البائع ضماناً بالثمن سواء كان ضماناً شخصياً ككفيل أو عينياً كرهن .

٢ — إذا ارتضى البائع ذمة المشتري فأتمنه ، أى إذا كان الثمن مؤجلاً .  
ففي هاتين الحالتين يترتب على التسليم نقل الملكية في الحال دون انتظار دفع الثمن .

## المبحث الرابع

### في الآثار الطبيعية لعقد البيع

٤٥٢ — **تمهيد :** يمكن دراسة الالتزام بالضمان مستقلاً عن الآثار الأخرى للبيع لأنه ليس من الآثار الجوهرية للعقد كالالتزام المشتري بدفع الثمن أو التزام البائع بالتسليم . فيمكن تصور قيام عقد البيع مع اشتراط عدم الضمان . ويرجع السبب في ذلك إلى أن التزام البائع بالضمان من الآثار الطبيعية لعقد البيع ، فهو وإن نشأ عن البيع ذاته إلا أنه لا يشترط توافره لقيام العقد . بل إن هذا الالتزام لم ينشأ في القديم عن عقد البيع ذاته بل كان ينشأ إما من الجريمة أو من اشتراطه على البائع بعقد مستقل . ولم يعتبر الالتزام بالضمان من آثار عقد البيع إلا منذ العصر الملى إذ اعتبر منذ هذا العهد التزاماً من التزامات حسن النية مؤيداً بالدعوى الناشئة عن عقد البيع . ويشمل الالتزام بالضمان أمرين :

١ — ضمان استحقاق البيع (garantie d'éviction) ٢ — ضمان الميوب الخفية (garantie des vices cachés) .

## § ١ - ضمان الاستحقاق

هذا الالتزام متمم لالتزام البائع بالتسليم . وهو عبارة عن أن يضمن البائع للمشتري بقاء الشيء المباع في يده ، بحيث يجب عليه تعويضه إذا نزع منه بناء على حكم قضائي ، سواء كان ذلك نتيجة رفع دعوى الاسترداد من المالك الحقيقي أو دعوى الرهن من الدائن المرتهن بطلب ييمه سداداً لدينه .  
ولكن كيف نشأ هذا الالتزام وما هي شروطه وأحكامه ؟

٤٥٣ — **دعوى الضمان (actio auctoritatis)** : كان هذا الالتزام في القديم مقصوراً على البيع بالاشهاد (mancipatio) . فإذا ما استحق المبيع اعتبر البائع كأنه قد ارتكب جريمة نحو المشتري في ييمه مالا يملك ، وكان للمشتري الرجوع عليه بدعوى جنائية بالضعف تسمى دعوى الضمان (actio auctoritatis) . ذلك أنه إذا رفعت على المشتري دعوى باسترداد المبيع كان له الرجوع على بائعه بالضمان ومطالبته بالحضور في الدعوى والدفاع عنه ، فإذا امتنع عن الحضور أو لم يتمكن من إسقاط دعوى المسترد ، حكم عليه بدفع ضعف الثمن إلى المشتري .  
وقد بقيت هذه الدعوى معمولاً بها في العصر العلي في حالة البيع بالاشهاد حتى زالت مع الاشهاد في عصر جوستنيان .

٤٥٤ — **اشتراطات الضمان** : أما في غير حالة البيع بالاشهاد ، فقد كان البائع غير ملزم بضمان المبيع فيما إذا استحق للغير . لذلك اضطرت الأفراد لحماية حقوقهم إلى اشتراط هذا الضمان على البائع في عقد شفوي يلحق بعقد البيع الأصلي . وقد جرى العرف على استعمال نوعين من الاشتراطات الشفوية لتحقيق هذا الغرض :  
المشاركة بالضعف (stipulatio duplae) والمشاركة السمة (stipulatio rem habere licere) . وجرى العرف باستعمال المشاركة الأولى (أي بالضعف) في بيع الأموال النفيسة بغير طريق الاشهاد وفي بيع الأموال الثمينة وبمقتضاها

يتمهد البائع برد ضعف الثمن في حالة استحقاق البيع للغير . واستخدمت صورة المشاركة الثانية في حالة بيع الأشياء غير النفيسة أو الثمينة وفيها يضمن البائع للمشتري بقاء المبيع تحت يده ، فإذا استحق للغير وجب عليه تمويض المشتري عن قيمة الضرر .

لكن يلاحظ أن التزام البائع بالضمان في الأحوال المتقدمة لا ينشأ عن البيع وإنما عن الأشهاد أو عن الاشتراط وهو عمل مستقل عن عقد البيع .

٤٥٥ — **التعهد بالضمان يصح إمبارياً على البائع** : وفي القرن الأول من الميلاد وبفضل ظهور فكرة حسن النية ، صار هذا التعهد بالضمان سواء بالضعف أو بقيمة الضرر واجباً على البائع ، بمعنى أن للمشتري رفع دعوى الشراء على البائع للحصول منه على هذا التعهد وذلك في الأحوال التي تمورف فيها ذلك .

٤٥٦ — **التعهد بالضمان يصح مفروضاً على البائع ولو لم يتعهد به** : وأخيراً صار التعهد بالضمان مفروضاً على البائع ولو لم يتعهد به بالفعل إما بضعف الثمن في الأشياء التي تمورف فيها ذلك وإما بقيمة الشيء المبيع يوم استرداده في بيع الأشياء الأخرى . وبذلك صار إلتزام البائع بالضمان مندمجاً في عقد البيع وناشئاً عنه باعتباره أثرآ من آثار العقد دون حاجة إلى الاتفاق عليه صراحة أو اشتراطه على البائع في العقد .

٤٥٧ — **الترام البائع بالضمان في عهد جوستنيان** : وقد تم التطور المتقدم قبل عهد جوستنيان بزمان طويل وقبل نهاية العصر العلمي وأصبح التزام البائع بالضمان ناشئاً عن عقد البيع ومحمية دعويان دعوى التعهد بالضعف (actio ex stipulatu duplae) في بيع الأشياء التي تمورف فيها اشتراط الضعف ودعوى الشراء (actio empti) بقية الضرر في غيرها . أما دعوى الضمان (actio auctoritatis) فقد زالت بزوال الأشهاد كما أن المشاركة (rem habere licere) بطل العمل بها اكتفاء بدعوى الشراء التي كانت تضمن للمشتري حقه في التمويض في حالة استحقاق المبيع .



وتختلف الدعويان المذكورتان ، دعوى المشاركة بالضعف ودعوى الشراء ، عن بعضهما البعض من الأوجه الآتية :

**أولاً — من حيث الموضوع :** فموضوع الدعوى الأولى ، وهو دعوى المشاركة بالضعف ، معين المقدار وهو ضعف الثمن المقدر في العقد ، بخلاف دعوى الشراء فموضوعها غير معين ، إذ المشتري لا يطالب بمبلغ معين المقدار وإنما يطالب بتمويضه عن الضرر الذي لحقه من جراء استحقاق المبيع ، ويقدر التمويض عادة بالرجوع إلى قيمة المبيع وقت الاسترداد ، فقد يكون أقل من الثمن المقدر في العقد فيما لو نقصت قيمة المبيع بمد البيع ، وقد يكون أزيد منه فيما لو زادت قيمة المبيع وقت الاسترداد . على أن جوستينيان عين الحد الأقصى لمبلغ التمويض الذي قد يحكم به في دعوى الشراء بضعف الثمن بحيث لا يمكن أن يزيد عن الضعف بحال من الأحوال .

**ثانياً — من حيث شروط نشوء كل منهما :** تنشأ دعوى الشراء (actio empti) عن عقد البيع ذاته دون الحاجة إلى الاتفاق خصيصاً على الضمان ، بناء على أن للمشتري الحق في الحصول على المبيع والاحتفاظ به في مقابل الثمن الذي دفعه ، بحيث إذا نزع منه بسبب استحقاقه للغير كان له الحق في التمويض . بخلاف دعوى المشاركة بالضعف ، فإنها كانت تستلزم اشتراط الضعف من البائع ؛ على أن هذا الاشتراط كما رأينا صار ضمناً ومفروضاً على البائع في كل الأحوال التي جرى العرف على اشتراطه فيها . فكان الخلاف بين الدعويين مقصور على الأحوال التي لم يجر فيها العرف على اشتراط الضعف ، وهي حالة بيع الأشياء غير الثمينة ، أو في البلاد التي لم يتعارف فيها ذلك ، ففي هذه الأحوال لا يكون للمشتري عند استحقاق المبيع سوى دعوى الشراء ليطلب البائع بتمويض الضرر الذي أصابه من جراء حرمانه من البيع .

**ثالثاً — من حيث شروط استعمال كل منهما :** فيشترط لاستعمال دعوى المشاركة بالضعف أن يكون المبيع كله أو بعضه قد استحق من المشتري بناء على

حكم قضائي . فيجب أن تكون قد رفعت عليه دعوى وأن يكون قد فشل فيها بأن يكون قد اضطر إلى رد الشيء بناء على أمر القاضي (judicis arbitratus) أو رد قيمته ، وأن تكون الدعوى قد رفعت باسترداد المبيع ذاته كله أو بمضه فلا يكفي لرفع دعوى المشاركة بالضعف أن يكون المستحق شيئاً من الملحقات أو الحاصلات ، وأن يكون قد ترتب على هذه الدعوى حرمانه من المبيع فعلاً فإذا احتفظ بالمبيع لأى سبب آخر غير البيع ولكن بعد ثبوت استحقاق الغير له سواء كان ذلك بناء على إيصاء هذا الغير الشيء إليه أو هبته إياه فلا حق له في رفع الدعوى الناشئة عن المشاركة بالضعف .

وهذا بخلاف دعوى الشراء . فيجوز للمشتري استعمالها في كل الأحوال متى كان عدم احتفاظه بالمبيع تحت يده راجعاً إلى سبب آخر غير عقد البيع ، كالحبة أو الوصية من المالك الحقيقي . كذلك يجوز الرجوع على البائع بالضمان بدعوى الشراء في حالة استحقاق شيء من ملحقات المبيع أو حاصلاته ، ومطالبته بتعويض عما استحق منها .

٤٥٨ — القواعد العامة الشاملة للدعويين المتقرنين : على أن هناك قواعد عامة تسرى على كل من الدعويين يمكن حصرها فيما يأتي :

أولاً — يشترط لاستعمال كل من الدعويين أن يكون قد لحق المشتري ضرر ، فإن لم يلحقه ضرر حقيقي فلا دعوى . مثال ذلك أن يكون المبيع قد هلك قبل رفع أية دعوى عليه . وكذلك إذا كان الضرر تافهاً كأن يكون قد ظهر حق ارتفاق للغير على المقار المبيع ، فإذا كان البائع حسن النية أى يجهل حق الغير عليه وقت البيع ولم يشترط عليه المشتري في المقد خلو المقار من كل حق للغير عليه فلا يسأل عن ظهور حق الارتفاق المذكور .

ثانياً — أن يكون الضرر راجعاً إلى انتفاء حق البائع في المبيع ، أى أن يكون الاستحقاق ناشئاً عن عدم ملكية البائع للمبيع . فإذا استحق المبيع نتيجة خطأ أو تقصير من المشتري فلا ضمان . كأن يكون المبيع قد استحق لاهمال المشتري

في وضع اليد على المبيع واكتساب ملكيته بالتقادم ، أو لاهماله في إخطار البائع بدعوى الاسترداد المرفوعة عليه حتى يمكنه من الدفاع عنه إذ قد يكون لدى البائع من الدفع التي تسقط دعوى الاسترداد ويجهلها المشتري .

ثالثا — يشترط أيضاً لاستعمال كل من الدعويين أن لا يكون الطرفان قد اتفقا على عدم ضمان البائع المبيع . إلا أن هذا الاتفاق يقع باطلا ولا يبرئ البائع من الضمان في حالة غشه أي إذا كان علاناً بسبب الاستحقاق أو كان الاستحقاق ناشئاً عن فعله .

رابعا — وأخيرا قد يفني عن استعمال الدعويين المذكورتين الدفع بالشئ ، المبيع وانسلم ( *exceptio rei venditæ et traditæ* ) في حالة ما إذا كانت دعوى الاسترداد مرفوعة من البائع نفسه فيما إذا كان اكتسب الملكية بعد البيع أو من أحد خلفائه .

### § ٢ — ضمان العيوب الخفية

لا يضمن البائع في عصر جوستنيان للمشتري استحقاق المبيع للغير فقط بل يضمن له أيضا خلو المبيع من العيوب التي تجعله ضاراً أو غير صالح للاستعمال فيما أعد له . ولهذا الضمان شروط :

(الأول) أن يكون العيب خفياً لأنه لو كان ظاهراً واشترى المشتري المبيع فهو قابل عليه ولو لم يلتفت إليه وقت العقد إذ يعتبر مقصراً .  
(الثاني) أن يكون العيب مما ينقص من قيمة المبيع التي اعتبرها المشتري حين العقد أو يجعله غير صالح للاستعمال فيما أعد له .

(الثالث) أن لا يكون العيب معلوماً للمشتري حين العقد ، سواء كان معلوماً للبائع أو غير معلوم له لأن الشخص مفروض فيه أنه يعلم حالة ماله .

(الرابع) أن يكون العيب قديماً وهو الموجود في المبيع حين العقد .  
و ضمان البائع للعيوب الخفية كالزامه بضمان استحقاق المبيع للغير لم يكن

مقررآ في الأصل كأثر من آثار عقد البيع وإنما تقرر مستقلا عن عقد البيع ثم أدمج في عقد البيع نتيجة لتطور طويل يمكن دراسته في أدوار ثلاثة : في القانون القديم ، ثم في منشور حكام الأسواق ، وأخيراً في القانون الحديث .

٤٥٩ - **المورد الأول . في القانون القديم :** لم يكن البائع في القانون

المدنى القديم (jus civile) ملزماً بتعويض المشتري عن الميوب التي تظهر في البيع . فلم يكن للمشتري بطريقة الاشهاد من دعوى للرجوع على البائع سوى دعوى الضمان (actio auctoritatis) الخاصة بحالة استحقاق البيع ودعوى بالضعف (actio de modo agri) في حالة ظهور عجز في مساحة الأرض الميعة كما قررها البائع في الاشهاد . ويمكن اعتبار الدعوى الأخيرة تجاوزاً أنها متعلقة بميب في العقار ناشئ عن ظهور عجز في المساحة المثبتة في العقد . كذلك كان للمشتري في حالة شراؤه أرضاً بطريقة الاشهاد واشترطه خلو العين من حقوق الغير عليها الرجوع على البائع بدعوى الضمان (actio auctoritatis) في حالة ظهور حق ارتفاق عليها للغير .

أما فيما عدا ما تقدم وفيما يتعلق بالميوب الحقيقية في العقار أو في المبيعات الأخرى كالبيد والحيوانات الخ فلم يكن للمشتري أى دعوى للرجوع على البائع بالضمان بسبب ظهور عيب في البيع .

لذلك لجأ الأفراد إلى حماية حقوقهم باشتراط هذا الضمان في صورة عقد شفوى يلحقونه بالاشهاد إذا تم البيع بهذه الطريقة . أو يدمجونه في تمهد البائع بضمان استحقاق المبيع فيصبح تمهده بالضمان شاملاً الاستحقاق والميوب الخفية سواء حصل هذا التمهيد بطريق المشارة بالضعف (stipulatio duplae) في بيع الأشياء النفية أو الثمينة أو بقيمة الضرر وحده (stipulatio rem habere licere) في بيع الأشياء الأخرى .

ويلاحظ مما تقدم أن التزام البائع بضمان الميوب الخفية كالتزامه بضمان الاستحقاق نشأ في الأصل من عمل مستقل عن عقد البيع . فكان لا بد حينئذ

من ادماجه في عقد البيع حتى يمكن اعتباره من آثاره ، وقد تم ذلك بتعميم النظام الذى اتبعهحكام الأسواق في البيوع الخاضعة لاشرافهم ، وهى بيوع الرقيق والدواب .

٤٦٠ — **المردود الثاني . مشور ملام الأسواق :** كان لحكام الأسواق (édiles curules) الاشراف على النظام داخل الأسواق الخاضعة لسلطتهم ، ومراقبة البيوع التى تم بها وهى الخاصة بالمبيد والدواب . وقد اهتم هؤلاء الحكام بحماية مصالح المشترين وضمان حقوقهم في حالة ظهور عيوب خفية في المبيع . فألزموا البائع على إظهار العيوب الموجودة بالمبيع ، بحيث إذا أغفل ذكرها أو كان جاهلا لها كان للمشتري عند ظهور أحد العيوب الرجوع عليه باحدى دعويين : دعوى بطلب الفسخ (actio redhibitoria) واسترداد ضعف الثمن وذلك في خلال ٦ أشهر من ظهور العيب ، ودعوى بطلب إنقاص الثمن (actio quanti minoris) وذلك في خلال سنة من ظهور العيب .

٤٦١ — **المردود الثالث . تعميم النظام المقدم في كل البيوع :** كان النظام المتقدم كافيا لضمان حقوق المشتري ، ولكنه كان مقصورا على بيع المبيد أو الدواب داخل الأسواق . فبقيت البيوع الخاصة بالأشياء الأخرى والتى لا تتم داخل الأسواق المذكورة خاضعة للفوائد العامة المتقدمة ، والتى تجمل البائع غير ملازم بتعويض المشتري عما يظهر في المبيع من العيوب الخفية ما لم يشترط عليه ذلك . إلا أنه كان للمشتري منذ القرن السابق على الميلاد الرجوع على البائع بدعوى الشراء (actio empti) لمطالبته بالتعويض في حالة ظهور عيب قرر البائع خلو المبيع منه حين المقد أو أغفل ذكره إلى المشتري ، وذلك بناء على أن عقد البيع عقد من عقود حسن النية يجب فيه على كل من الطرفين أن يتمتع عن النش أو التدليس في تعامله مع الآخر .

وأخيراً عم النظام المتقدم الخاص ببيع المبيد والدواب على كل البيوع

الأخرى ، بحيث أصبح للمشتري في حالة ظهور عيب في المبيع الخيار بين استعمال دعوى الشراء (actio empti) ، أو إحدى الدعوتين السابق الكلام عليهما ، وهما دعوى الفسخ (actio redhibitoria) ودعوى إنقاص الثمن (actio quanti minoris) .

## المبحث الرابع

### في الآثار العرضية لعقد البيع

- ٤٦٢ - قد يتفق الطرفان على تعديل الآثار المتقدمة إلى حد ما باتفاقات مستقلة يلحقونها بعقد البيع كما في الأمثلة الآتية :
- ١ - بيع التجربة (vente à l'essai) أو (pactum displicentiae) :
- يقتضى هذا الاتفاق يجوز للمشتري الرجوع في عقد البيع ورد المبيع إلى البائع في المدة المينة للتجربة إذا ظهر عدم موافقة المبيع للغرض الذي قصده منه .
- ٢ - بيع الوفاء (vente à réméré) أو (pactum de retrovendendo) :
- يقتضى هذا الاتفاق يجوز للبائع استرداد المبيع في خلال مدة معينة بشرط رد الثمن الذي قبضه والمصاريف .
- ٣ - الشرط الفاسخ (Lex commissoria) : يقتضاه يحتفظ البائع لنفسه بحق فسخ البيع في حالة دفع المشتري الثمن في مدة معينة .











Bibliotheca Alexandrina



0586527